RAPPORT SUR L'EXAMEN DE LA PROCÉDURE RELATIVE AUX AFFAIRES CRIMINELLES COMPLEXES

L'HONORABLE PATRICK J. LESAGE, C.M., C.R.
PROFESSEUR MICHAEL CODE

Novembre 2008

Présenté à l'honorable Chris Bentley
Procureur général de l'Ontario

Publié par le ministère du Procureur général de l'Ontario
© Imprimeur de la Reine pour l'Ontario 2008

ISBN 978-1-4249-8042-0 (Imprimé - Anglais)
ISBN 978-1-4249-8043-7 (HTML – Anglais)
ISBN 978-1-4249-8044-4 (PDF – Anglais)
ISBN 978-1-4249-8045-1 (Imprimé – Français)
ISBN 978-1-4249-8046-8 (HTML – Français)
ISBN 978-1-4249-8047-5 (PDF – Français)

Le rapport est aussi consultable en ligne à : www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca.

Available in English

TABLE DES MATIÈRES

1. Historique de l'examen 1

2. La culture des causes longues et complexes, et leur contexte d'apparition 7

A. Devons-nous commencer par définir les « causes longues et complexes »? 7

B. Réforme du droit ou questions juridiques à l'origine des procès longs et complexes .. 8

C. Dans ce contexte juridique modifié, le système de justice se doit de faire mieux 18

D. Les idées-forces de nos recommandations 21

3. La divulgation et les relations pré-inculpation entre la police et la Couronne 25

A. Introduction 25

B. Les solutions aux problèmes de la Couronne ou de la police 26

C. Collaboration plus étroite entre la police et la Couronne à l'étape antérieure au dépôt d'accusations 30

D. Un avis de la Couronne préalable à l'accusation joue-t-il un rôle dans la poursuite après le dépôt des accusations? 34

E. Communication électronique de la preuve sous une forme type intégrale 38

F. Vérification, transcription et paiement de la divulgation 44

1. Introduction 44
2. Qui est chargé de vérifier ou de réviser le dossier de divulgation de la preuve? 45
3. Qui devrait transcrire les interceptions et interrogatoires pertinents enregistrés? 47
4. Qui devrait payer les frais de la divulgation? 49

G. Le moment opportun pour la divulgation 51

H. Les solutions aux problèmes de la défense : demandes de documents extérieurs au dossier d'enquête 54

4. La gestion judiciaire des instances, surtout à l'étape préalable au procès 67

A. Historique de la gestion judiciaire des instances en Ontario 67

B. Nécessité de pouvoirs plus étendus en matière de gestion des instances 68

C. Modèles de réforme proposés 72

D. Propositions découlant du présent examen 77

E. Propositions du groupe de travail fédéral-provincial-territorial 80

F. Les pouvoirs de gestion des causes conférés au juge de première instance en common law et le besoin de connaissances précises dans ce domaine 83

G. La gestion judiciaire des instances à la Cour de l'Ontario lorsque la cause en est à l'enquête préliminaire 89

H. Gestion de l'enquête sur le cautionnement 97

I. Le pouvoir d'exiger des aveux 99

1. Introduction 99
2. Obligations déontologiques de l'avocat 100
3. Exiger que la Couronne accepte les aveux de la défense 103
4. Exiger que la défense admette des faits dont la contestation n'est pas justifiée 106

J. Causes de terrorisme longues et complexes 108

5. L'aide juridique 113

A. Introduction 113

B. Les modèles de réforme possibles 116

C. La première approche de réforme : verser des honoraires plus élevés à des avocats hautement qualifiés figurant sur une courte liste 118

D. La seconde approche de réforme : surveillance accrue du budget des causes longues et complexes 124

1. Le cadre législatif 124
2. L'indépendance du barreau 127
3. Améliorer la gestion initiale et la surveillance de la conduite de la défense 130
4. Améliorer les mesures après procès lorsque la cause semble avoir été défendue en contravention avec l'objectif fixé par la *Loi sur les services d'aide juridique* 135

E. Préparer la prochaine génération d'éminents avocats 144

6. Conseiller, diriger, et au besoin discipliner, un procureur de la Couronne ou un avocat de la défense 147

A. Introduction 147

B. Inexpérience, manque de conseils, manque de jugement et défense inadéquate des intérêts du client 149

1. Surveiller et conseiller l'avocat de la Couronne dans les causes longues et complexes 149
2. Surveiller et conseiller l'avocat de la défense dan les causes longues et complexes 157

C. Mesures correctives à l'inconduite professionnelle dans le cadre des procès longs et complexes 161

1. Introduction 161
2. Réponses judiciaires à une inconduite en salle d'audience 162
3. Réponse du Barreau du Haut-Canada à l'inconduite en salle d'audience 168
4. Réponses du procureur général et de l'aide juridique à l'inconduite en salle d'audience 173
5. Le problème particulier de l'incompétence 175

D. Bilan du système de justice lorsqu'une cause longue et complexe est considérée comme un échec 181

7. Traiter le cas d'un accusé non représenté par avocat 185

A. Introduction 185

B. Nomination d'un intervenant désintéressé 187

C. Désigner un avocat 189

8. Conclusion 197

Annexe A : Participants à l'examen 201

Annexe B : Recommandations 207

CHAPITRE 1 : Historique de l'examen

Le 25 février 2008, le procureur général Chris Bentley nous a chargés de diriger « un examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes ». Il nous a demandé de « cerner les problèmes et de recommander des solutions en vue d'accélérer le traitement des dossiers par le système de justice et de le rendre plus efficace ». Nous avons accepté de rédiger un rapport, après avoir mené « des discussions ciblées tenues avec des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne, des magistrats, des représentants d'Aide juridique Ontario, des organismes de police et d'autres personnes jouant un rôle dans des affaires criminelles complexes de grande envergure ». Nous avons aussi convenu de remettre dans un délai de six mois notre rapport au procureur général qui a annoncé son intention de le rendre public[1].

Lynn Mahoney a été désignée comme notre avocate, et nous lui en sommes très redevables. Elle a travaillé efficacement et sans relâche, tant lors de nos nombreuses consultations que dans nos tâches de recherche et de rédaction. Nous avons également bénéficié du soutien compétent de cinq étudiants en droit de l'Université de Toronto, lesquels ont rédigé d'excellents mémoires de recherche sur une grande diversité de sujets. Ces étudiants, Brian Duong, Matthew Gourlay, Nicole Henderson, Andrew Midwood et Fred Schumann, ont été particulièrement utiles lors de la réalisation de nos « études de cas » qui seront présentées ci-dessous. Laura Metrick, avocate à la Direction des politiques du ministère du Procureur général, était notre agente de liaison avec le ministère et les autres organismes du gouvernement. Elle a également fourni un très précieux appui lorsqu'elle a passé en revue et analysé l'ensemble actuel des travaux politiques et des publications se rapportant au sujet de notre examen. Finalement, nous sommes reconnaissants envers Iris Wordsworth qui a travaillé avec diligence à la rédaction des projets et avant-projets de chacun de nos chapitres.

Le travail que nous avons accompli au cours de la période des six mois de l'examen peut être divisé en quatre étapes distinctes. Pour commencer, nous avons mené une série d'entrevues avec des personnes associées au système judiciaire, pour qu'elles nous aident à discerner les principaux problèmes et orienter notre vaste mandat. En même temps, nous avons procédé à un

[1] « Le procureur général lance un examen sur la procédure de traitement des affaires criminelles complexes » Communiqué, le 25 février 2008, en ligne : http://www.ontario.ca/attorneygeneral

examen préliminaire de toutes les publications disponibles traitant de la procédure des procès longs et complexes. Nous avons terminé ce travail préliminaire au cours des mois de mars et avril 2008, et le 30 avril 2008, nous avons publié un document de 11 pages intitulé *Preliminary List of Issues for Consultation* (liste préliminaire des questions sur lesquelles porte la consultation). Le document recensait quatre questions principales, dont le nombre est par la suite passé à cinq, et au sujet desquelles nous avons demandé aux personnes associées au système judiciaire de nous présenter leurs observations. Nous avons exprimé clairement notre volonté d'accueillir avec bienveillance toutes les questions importantes additionnelles que les parties pourraient discerner.

La deuxième étape de notre travail, réalisée au cours des mois de mai et juin 2008, a surtout consisté en une longue série de consultations avec des avocats de la défense, des procureurs de la Couronne aux niveaux fédéral et provincial, des agents de police, des juges, des juges de paix, des agents des services d'aide juridique, des gestionnaires de la Couronne, des administrateurs de police, des juges principaux qui ont des responsabilités administratives, des conseillers de direction politique en matière de justice aux niveaux fédéral et provincial, et divers organismes du système de justice. Il s'est tenu environ 25 de ces consultations, lesquelles suivaient généralement le schéma de notre « liste préliminaire des questions ». De plus, nous avons reçu des observations écrites de la part d'un bon nombre de ces parties, ainsi que d'autres personnes et organismes intéressés.

Au cours de cette deuxième étape, nous avons aussi commencé à analyser la jurisprudence, les publications et les travaux politiques pertinents se rapportant au soi-disant « phénomène des mégaprocès ». Étant donné que le délai de six mois accordé pour la réalisation de notre Rapport ne nous permettait pas de procéder à une quelconque étude empirique approfondie de ce phénomène, il nous a été suggéré d'examiner les dossiers de la Cour d'appel concernant un certain nombre de « mégaprocès » récents. Les personnes que nous avons consultées nous ont proposé certains exemples de procès très longs et complexes dont la Cour d'appel avait déjà été saisie. À cette fin, les dossiers d'instruction seraient à notre disposition sans retard. Nous avons examiné ces suggestions avec quatre membres de la Cour d'appel de l'Ontario qui ont généreusement accepté de nous faciliter l'accès rapide aux dossiers de la Cour. Ainsi,

nous avons obtenu les transcriptions, mémoires et cahiers d'appel de quatre affaires majeures et avons entrepris l'étude approfondie de chacune d'entre elles[2].

À la fin de cette deuxième étape, nous avons été frappés par le degré de consensus relativement élevé qui semblait exister chez la plupart des participants quant aux solutions possibles à bon nombre des principaux problèmes associés au phénomène des « mégaprocès ». Les parties qui ont assisté à nos consultations ont fait preuve d'un professionnalisme de haut niveau. Toutes ont semblé convenir de façon pragmatique qu'il incombe à l'ensemble des personnes associées au système judiciaire d'essayer de traiter ces causes longues et complexes de façon plus efficace. On nous a suggéré, et nous étions d'accord, qu'il serait utile de faire circuler un second document de consultation énonçant les solutions éventuelles en réponse aux principaux problèmes exposés, afin de discerner s'il existait en fait un consensus raisonnable.

La troisième étape de notre travail consistait donc à rédiger un document de 24 pages intitulé *Some Tentative Proposals*, (quelques propositions préliminaires) que l'on a distribué aux participants le 21 juillet 2008. Ce document visait à cerner un ensemble de recommandations en vue de réformes auxquelles toutes les personnes associées au système judiciaire donneraient leur appui. Au cours de la dernière semaine de juillet, nous avons ensuite mené une série de « tables rondes » pour discuter de ces propositions. Au cours de la phase initiale de consultation, pour favoriser la franchise, nous avions rencontré les divers groupes séparément. Lors de cette phase additionnelle de « table ronde » en juillet, nous avons rassemblé les participants dans l'espoir de favoriser la recherche d'un compromis pragmatique et d'un consensus.

Nous croyons que cette troisième étape de notre travail a atteint son objectif. Les participants ont largement accepté bon nombre de nos propositions. Dans d'autres cas, on a proposé des révisions détaillées, mais les principes généraux ont été acceptés. Finalement, dans certains cas, on nous a convaincus de modifier nos propositions.

En août, par suite du processus mentionné, nous avons été en mesure de procéder à la quatrième étape de notre travail, l'étape finale, c'est-à-dire la rédaction du présent Rapport.

---

[2] Les quatre affaires étaient : *R. c. Kporwodu et Veno* (2003), 176 C.C.C. (3d) 97 (C.S.J. Ont.), conf. (2005), 195 C.C.C. (3d) 501 (C.A. Ont.); *R. c. Khan et Fatima* 2007 ONCA 779, 230 O.A.C. 174; *R. c. Sauve et Trudel* (2004), 182 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.); *R. c. Trudel* [2007] O.J. N° 113 (C.S.J. Ont.), suspendant le nouveau procès; *R. c. Mallory et Stewart* (2007), 217 C.C.C. (3d) 266 (C.A. Ont.).

Nous voudrions remercier tous les participants qui nous ont présenté des observations, que ce soit par écrit ou en personne lors de nos consultations et tables rondes. La liste de ces personnes figure en annexe A du présent Rapport. Nous espérons que notre travail rendra compte de leurs nombreuses observations et inestimables contributions. Comme il a été énoncé précédemment, nous avons été impressionnés du début à la fin par l'attitude professionnelle et responsable avec laquelle ces personnes associées au système judiciaire ont fait face aux défis des procès longs et complexes.

Nous concluons ce chapitre d'introduction en reconnaissant que notre processus comporte peut-être une faiblesse. Certains participants nous ont exhortés à entreprendre une recherche empirique approfondie, en procédant à l'analyse d'un échantillon représentatif de causes longues et complexes. On nous a proposé, par exemple, de choisir un échantillon de 50 à 100 de ces causes sur une période de cinq ans, et d'en étudier les transcriptions afin de déterminer la fréquence et l'ampleur du « phénomène des mégaprocès ».

Nous reconnaissons que l'idéal consisterait à effectuer ce type de recherche et d'en faire rapport. Mais cela n'était tout simplement pas réalisable dans le délai de six mois fixé pour notre examen. Comme nous le verrons, certaines de nos recommandations comportent la nécessité de procéder *a posteriori* à des examens de cas, à des vérifications ou à des bilans de procès longs et complexes, dans les cas où le public estime qu'il aurait fallu mener l'affaire de façon plus rapide et efficiente. Si l'on accepte les présentes recommandations, le système de justice commencera à mettre en place un système de recherche approfondie sur les affaires que les tribunaux ont instruites de manière peu satisfaisante. Bien entendu, nous approuverions la demande d'une recherche empirique approfondie sur ce sujet et encouragerions les personnes associées au système judiciaire à commander ce type de travail. Pour commencer, il serait très utile de conserver de meilleures données statistiques sur la durée des procès et des motions préalables au procès, de façon à pouvoir entreprendre une analyse comparative dans les années futures.

Certes nous avons-nous manqué de temps pour procéder à ce type de recherche empirique approfondie, mais quoi qu'il en soit, nous estimons envisageable d'apporter plusieurs améliorations au système de justice sans attendre la réalisation d'autres recherches. Sur la foi de nos vastes consultations, de notre revue de la jurisprudence et des publications dans ce domaine, ainsi que de nos quatre études de cas, nous sommes convaincus qu'il est réaliste de cerner

certains problèmes récurrents. Le nombre de fois que ces problèmes sont survenus dans le passé ou continueront de se produire dans les futures causes n'importe pas. Le fait qu'ils se soient présentés auparavant dans un certain nombre de causes importantes a déjà porté une atteinte sérieuse à l'efficacité du système de justice pénale et à la confiance envers ce système. Quand il existe un large consensus sur les solutions à ces problèmes, comme nous croyons que c'est le cas, le système de justice devrait prendre des mesures pour prévenir leur récurrence. C'est à partir de ce principe que nous avons procédé.

Il faut se rappeler que, en général, les causes longues et complexes sont les plus médiatisées. Elles attirent une intense couverture médiatique et sont ainsi diffusées à grande échelle dans le public. Elles finissent par devenir des exemples représentatifs de l'ensemble du système de justice. À chaque fois qu'une de ces affaires est considérée comme étant excessivement retardée ou dysfonctionnelle, elle produit un effet important sur la confiance du public quant à l'efficience et à l'efficacité du système de justice. Par conséquent, nous devons résoudre les problèmes associés à ces causes, et ce, qu'il y en ait cinq ou 10 ou 100 par année.

CHAPITRE 2 : La culture des causes longues et complexes, et leur contexte d'apparition

A. Devons-nous commencer par définir les « causes longues et complexes »?

Nous n'avons pas tenté de choisir une définition de ce que nous désignons par une « cause criminelle longue et complexe ». Il existe différentes définitions, par exemple, la Cour supérieure de l'Ontario a mis au point une pratique de « Cours de fonctions spéciales » pour les causes susceptibles de demeurer au moins trois semaines devant les tribunaux. Aide juridique Ontario (AJO) emploie une procédure spéciale de gestion de l'instance pour les causes susceptibles de coûter au moins 75 000 $ en honoraires versés à l'avocat de la défense (pour atteindre ce montant et le dépasser, il faudrait en général procéder à une enquête préliminaire de deux à trois semaines, suivie d'un procès de six à sept semaines). Au Royaume-Uni, diverses pratiques et procédures spéciales ont été mises au point pour les « causes à coût très élevé », que l'on définit comme les procès durant plus de 41 jours (ou environ huit semaines).

Ces régimes seront analysés de façon plus détaillée dans notre Rapport. Cependant, nous ne croyons pas utile de discuter de savoir si une définition est préférable à une autre. Il est incontestable que tous les procès criminels sont devenus beaucoup plus longs et que la procédure d'une instance pénale a beaucoup ralenti au cours des 20 à 30 dernières années. Ce phénomène ne se limite pas à une classe particulière de causes, et les solutions que nous proposons, pour rendre le système plus efficient et efficace, ne doivent pas se borner à fixer une limite à la durée des causes complexes, que ce soit trois, six ou huit semaines.

Si l'on accepte nos recommandations, elles pourront être implantées de façon progressive dans la mesure où les ressources disponibles et la capacité institutionnelle le permettent. Nous ne nous sommes pas préoccupés des plans détaillés de mise en œuvre. Nous avons plutôt formulé, au plan des structures, des propositions générales de modification des procédures et des pratiques judiciaires et de la culture juridique. Quand il s'agira de l'étape de la mise en œuvre, les définitions pourront s'avérer utiles pour déterminer quel groupe de causes sera abordé en premier. À cette étape, nous recommandons les types de définitions décrites ci-dessus.

B. Réforme du droit ou questions juridiques à l'origine des procès longs et complexes

Nous désirons souligner dès le départ que personne ne devrait être surpris d'apprendre que les procès criminels sont devenus de plus en plus longs et complexes au cours des 20 à 30 dernières années. Les législateurs élus tout comme les législateurs judiciaires sont eux-mêmes en bonne partie responsables de la transformation dont nous avons été témoins, et qui constitue désormais un phénomène bien connu.

Les responsables des tribunaux ont depuis longtemps exprimé leur inquiétude à l'égard de ce problème. Dans un discours adressé à l'*Empire Club* le 8 mars 2007 et intitulé « Les défis auxquels nous faisons face », la juge en chef McLachlin a affirmé que dans un passé récent les procès pour meurtre prenaient habituellement « de cinq à sept jours », et que désormais « ils durent de cinq à sept mois ». Elle décrivait ces changements comme une source de problèmes « urgents » aux coûts « incalculables »[3]. Dans un discours similaire prononcé antérieurement à l'*Empire Club*, soit le 13 avril 1995, et intitulé « Le rôle des juges », l'ancien juge en chef Lamer a décrit la « complexité et prolixité de la procédure juridique » comme étant « notre plus grand défi » qui, s'il n'est surmonté, pourrait rendre le système de justice « simplement inutilisable »[4]. Finalement, dans un récent jugement unanime traitant d'une espèce particulièrement complexe de requête pour écoute électronique, la Cour suprême du Canada a adopté le jugement antérieur du juge Finlayson, prononcé en 1992 à la Cour d'appel de l'Ontario, selon lequel notre « processus judiciaire criminel » s'est « enfoncé » dans un « bourbier procédural, digne de l'époque de Dickens » et que le public bientôt « se détournera du système de justice accusatoire qui a été traditionnellement le nôtre »[5].

De hauts fonctionnaires et des procureurs généraux d'un bout à l'autre du pays ont exprimé des inquiétudes similaires au sujet du phénomène des procès criminels démesurément longs et leur procédure inutilement complexe. Ces inquiétudes ont abouti à la plus récente rencontre des ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables de la justice et de la

---

[3] The Empire Club of Canada, Toronto, Canada. En ligne : http://www.empireclubfoundation.com

[4] John Campion et Edward Badovinac, éditeurs. *The Empire Club of Canada Speeches 1994-1995*, Toronto, The Empire Club Foundation, 1995, p. 124-136. En ligne : http://www.empireclub foundation.com.

[5] *R. c. Pires et Lising* (2005), 201 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.), citant le juge Finlayson dans *R. c. Durette et al* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421, p. 440 (C.A. Ont.), inf. par sub. nom. *R. c. Farinacci et al.* 88 C.C.C. (3d) 1 (C.S.C.).

sécurité publique, tenue à Winnipeg le 15 novembre 2007, d'où l'on a diffusé le communiqué suivant[6] :

> Les ministres ont accepté les recommandations des fonctionnaires visant à améliorer la façon de mener les procès complexes de grande envergure. Les fonctionnaires recommandaient, entre autres, de modifier la loi afin de réduire la possibilité de procès nuls et de régler certaines des difficultés associées à la gestion des mégas-procès. Les ministres ont convenu de transmettre le rapport au ministère fédéral de la Justice afin que soit effectué le travail d'élaboration des politiques nécessaire à la réalisation de ces mesures.

Plus loin dans notre Rapport, nous commenterons les modifications législatives qui ont été présentées aux ministres lors de la rencontre de Winnipeg.

Nous estimons que trois événements marquants ont joué un rôle important dans la transformation du procès criminel moderne qui, du bref et efficace examen sur la question de culpabilité ou d'innocence qui avait cours dans les années 1970, est devenu le processus long et complexe qui est décrit dans le communiqué, les causes et les discours mentionnés précédemment. Ces trois événements marquants ont été l'adoption de la *Charte des droits et libertés*, la réforme du droit de la preuve par la Cour suprême du Canada et l'ajout de nombreuses nouvelles dispositions complexes au *Code criminel* et à d'autres lois connexes. Ces trois changements ont été déclenchés par les tribunaux eux-mêmes et par nos législateurs élus qui n'ont peut-être pas prévu l'effet combiné qu'ils produiraient sur la procédure d'une instance pénale. Nous abordons plus loin ces trois événements marquants, non dans un esprit critique, mais simplement pour expliquer le contexte juridique très différent et exigeant dans lequel se déroule désormais le procès criminel moderne. Les problèmes associés aux procès longs et complexes, de même que leurs solutions, proviennent de ce contexte.

Le premier événement déterminant a été la constitutionnalisation en 1982 du droit criminel et de la procédure pénale avec l'adoption de la *Charte des droits et libertés*. Par la

---

[6] Pour une revue des diverses initiatives gouvernementales au Canada et au Royaume-Uni au cours des cinq dernières années et qui ont éventuellement abouti au communiqué de Winnipeg, voir Michael Code, « Law Reform Initiatives Relating to the Mega Trial Phenomenon » (2008), 53 C.L.Q. 421. Le Communiqué du ministre est accessible sous : *Réunion fédérale-provinciale-territoriale des ministres responsables de la justice*, Doc. 830-926/004 (Winnipeg : du 14 au 16 novembre 2007), en ligne : http://www.scics.gc.ca/cinfo07/830926004_f.html.

Charte, on a formulé des droits qui existaient depuis longtemps, ajouté de nouveaux droits, et surtout, créé un nouvel ensemble de recours. Bon nombre de ces droits et recours visaient directement le procès criminel. De fait, les articles 7 à 14 de la *Charte* peuvent être considérés comme un code constitutionnel de procédure pénale. Ces élaborations allaient inévitablement mener à un large éventail de motions de nature procédurale qui n'existaient pas auparavant, afin de mettre à exécution les droits et recours désormais garantis par la *Charte*. Ces motions étaient complexes, tant sur le plan des faits que du droit, aussi fallait-il consacrer davantage de temps pour les entendre et les trancher.

Par exemple, une de nos études de cas, *Khan and Fatima*, concernait une affaire de meurtre comportant des allégations voulant que les deux accusés aient tué et démembré leur jeune enfant. Le procès lui-même a été relativement rapide, ne couvrant qu'environ 35 jours d'audience. L'enquête préliminaire avait duré sept jours. Par contre, les motions préliminaires se sont prolongées sur une période de plus de deux ans et demi. Un bon nombre de ces motions préliminaires soulevaient des questions relatives à la *Charte*[7].

L'approche judiciaire de l'interprétation et de l'application des nouveaux droits et recours garantis par la Charte constituait un autre élément important de la décision essentiellement politique de constitutionnaliser le procès criminel. Plus particulièrement, cette jurisprudence a rendu certains facteurs personnalisés très pertinents pour décider si un recours garanti par la *Charte* devait être accordé. Par exemple, les arrêts de principe sur le paragraphe 24(2) de la *Charte* ont défini un critère pour exclure des éléments de preuve nécessitant une réflexion sur la question de savoir s'il y avait eu « mauvaise foi » ou conduite «flagrante », y compris « les questions suivantes : La violation était-elle délibérée, volontaire

---

[7] *Supra*, note 2. Des procédures préparatoires au procès ont commencé le 19 juin 2001 devant le juge de première instance, mais la sélection du jury n'a pas été faite avant le 12 janvier 2004. Le procès a débuté devant le jury le 29 janvier 2004, et les accusés ont été déclarés coupables le 22 avril 2004. Au cours de la période de deux ans et demi de motions préliminaires, il apparaît au dossier de la Cour qu'environ 50 motions ont été débattues. Voir, en général, M.L. Friedland, « Criminal Justice in Canada Revisited » (2004), 48 C.L.Q. 419, p. 445-458. Plus précisément, le professeur Friedland soutient, à l'égard de la pratique des motions fondées sur la *Charte*, que :

> [TRADUCTION] « Les tribunaux n'aiment pas établir des frontières fixes, mais préfèrent se servir d'un grand nombre de facteurs pour déterminer le résultat de l'affaire dont ils sont saisis, ce qui donne souvent lieu à de longs arguments juridiques et à des procédures prolongées dans les affaires subséquentes au niveau de l'appel, mais aussi et surtout au niveau du procès. Lors d'un récent discours, la juge en chef Beverley McLachlin a prévenu l'Association du Barreau canadien que [TRADUCTION] « la procédure des causes criminelles s'écroule sous le poids des motions préliminaires ». Dans une grande mesure, cette situation découle de décisions judiciaires qui nécessitent une analyse détaillée et des arguments complexes. »

ou flagrante ou a-t-elle été commise de bonne foi? »[8]. Dans une même veine, la jurisprudence qui a interprété et appliqué les droits garantis par l'article 7 de la Charte a conclu que « [p]armi les considérations les plus pertinentes, il faut mentionner la conduite et l'intention du ministère public », que « l'inconduite flagrante et intentionnelle du ministère public puisse rendre beaucoup plus vraisemblable qu'un arrêt des procédures sera justifié » et que pour le succès d'une motion en suspension d'instance fondée sur l'article 7, il est essentiel que « la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi »[9]. Les motions fondées sur l'article 7 de la *Charte* et touchant la divulgation sont un important facteur de retard dans les causes longues et complexes. Nous traiterons de ce problème plus en détail au Chapitre 3.

Comme l'affirme la Cour d'appel de l'Ontario, cette approche personnalisée aux recours de la *Charte* a inévitablement [TRADUCTION] « conduit à une malheureuse escalade de la rhétorique » dans les procès criminels, et une culture d'attaques personnelles et d'animosité entre les parties est devenue une caractéristique plus fréquente de la conduite en salle d'audience. Ce facteur, à son tour, a contribué à la longueur et à la complexité des procès criminels[10].

Le deuxième événement marquant qui a inévitablement contribué aux procès longs et complexes de l'ère moderne a été la décision de la Cour suprême du Canada de procéder à des réformes en profondeur du droit de la preuve. Ces réformes ont eu pour effet général d'élargir la portée de l'admissibilité en remplaçant l'ancienne approche fondée sur des règles de common law par une approche beaucoup plus souple fondée sur des principes. Par exemple, la règle de ouï-dire a été modifiée de façon importante, de sorte que certaines déclarations hors cour qui n'auraient jamais été admissibles sous l'ancien régime de la common law le sont maintenant devenues[11]. De façon similaire, le test du « caractère volontaire » des confessions a été modifié d'une manière qui a parfois entraîné l'admissibilité de déclarations faites par l'accusé à la suite d'interrogatoires répétés, prolongés et énergiques, que la plupart des avocats de la Couronne n'auraient probablement pas tenté de présenter en preuve à une époque

---

[8] *R. c. Kokesch* (1990), 61 C.C.C. (3d) 207, p. 226 (C.S.C.); *R. c. Therens* (1985), 18 C.C.C. (3d) 481, p. 512 (C.S.C.); *R. c. Collins* (1987), 33 C.C.C. (3d) 1, p. 20 (C.S.C.).

[9] *R. c. O'Connor* (1995), 103 C.C.C. (3d) 1, p. 42 (C.S.C.); *R. c. Keyowski* (1988), 40 C.C.C. (3d) 481, p. 483 (C.S.C.); *R. c. Power* (1994), 89 C.C.C. (3d) 1, p. 10 (C.S.C.)

[10] *R. c. Felderhof* (2003), 180 C.C.C. (3d) 498, p. 518-520 et 533-540 (C.A. Ont.).

[11] *R. c. Khan* (1990), 59 C.C.C. (3d) 92 (C.S.C.); *R. c. Smith* (1992), 75 C.C.C. (3d) 257 (C.S.C.); *R. c. B. (K.G.)* (1993), 79 C.C.C. (3d) 257 (C.S.C.).

antérieure[12]. Finalement, on a procédé à une réforme du droit relatif au privilège en vertu de l'« approche fondée sur des principes », de sorte qu'il a été possible de créer des exceptions aux privilèges existants et de reconnaître de nouvelles réclamations de privilèges ou même un « privilège partiel » en fonction des « circonstances particulières de chaque cas »[13].

Ces modifications importantes au droit de la preuve ont entraîné leur propre cortège de motions, en plus des nouvelles motions fondées sur la *Charte*. Ces motions concernant l'admissibilité de la preuve en common law étaient désormais caractérisées par une plus grande souplesse que sous l'ancienne approche fondée sur des règles. Au moment de créer ces nouveaux principes, la Cour suprême du Canada indiquait habituellement un certain nombre de facteurs ou critères dont il fallait tenir compte, tout en énonçant clairement que ces facteurs n'étaient pas exhaustifs, que l'on pouvait trouver des substituts « rares » ou « exceptionnels » à ces facteurs et que, en tout état de cause, il fallait exercer un large pouvoir discrétionnaire dans l'application des facteurs, étant donné qu'« [o]n doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire ». Cette nouvelle « approche fondée sur des principes » était subtile, nuancée et incertaine. Il est devenu très difficile de prédire le résultat probable d'une de ces motions, et une partie importante de la preuve était souvent orientée vers la motion elle-même parce que les facteurs étaient trop incertains et particuliers à l'affaire[14].

Ces nouveaux facteurs ont poussé des avocats à tenter leur chance au moment de décider s'ils allaient présenter une motion en matière de preuve, et les motions elles-mêmes sont souvent devenues aussi longues, sinon plus, que le procès. De nombreux commentateurs ont prédit à juste titre que le sous-produit de « l'approche fondée sur des principes » appliquée au droit de la preuve serait des [TRADUCTION] « procès plus longs, des retards plus nombreux et des frais plus élevés pour les litiges ». Un éminent commentateur a fait en 1994 la remarque prémonitoire que [TRADUCTION] « le juge de première instance ne peut simplement pas se permettre de consacrer des heures, voire des jours, à méditer sur la fiabilité d'un élément de

---

[12] *R. c. Oickle* (2000), 147 C.C.C. (3d) 321 (C.S.C.); *R. c. Singh* (2007), 225 C.C.C. (3d) 103 (C.S.C.).

[13] *R. c. Gruenke* (1991), 67 C.C.C. (3d) 289, p. 303-307 (C.S.C.); *M. (A.) c. Ryan* (1997), 143 DLR (4e) 1 (C.S.C.); *Smith c. Jones* (1999), 132 C.C.C. (3d) 225 (C.S.C.); *R. c. McClure* (2001), 151 C.C.C. (3d) 321 (C.S.C.); *R. c. Brown* (2002), 162 C.C.C. (3d) 257 (C.S.C.).

[14] *F. c. U (F.J.)* (1995), 101 C.C.C. (3d) 97, p. 113-114 (C.S.C.); *R. c. Khelawon* (2005), 194 C.C.C. (3d) 161 (C.A. Ont.), conf. 215 C.C.C. (3d) 161 (C.S.C.); *R. c. Blackman*, [2008] S.C.J. N° 38 (C.S.C.).

preuve particulier [...] Ce qu'il faut, c'est un ensemble de règles qui peuvent s'appliquer à la plupart des situations »[15].

Le troisième événement marquant qui a contribué à l'avènement des procès complexes a été la suite ininterrompue de modifications législatives réalisées au cours de la même période que les élargissements des recours fondés sur la common law et sur la *Charte*, mentionnés précédemment. Au cours des 20 dernières années, le Parlement a constamment modifié et ajouté à l'ensemble des dispositions du *Code criminel*, de la *Loi sur la preuve au Canada*, de l'ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants* et de la nouvelle *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. Le format du *Code criminel* fait maintenant le double environ de ce qu'il était il y a 30 ans. La nouvelle loi est complexe, mal connue, inéprouvée, et elle a entraîné elle aussi d'interminables nouvelles procédures.

C'est invariablement en réaction à certains problèmes sociaux importants que l'on adoptait les nouvelles lois. Par exemple, lorsque des actes de violence attribuables à des gangs ont commencé à augmenter au cours des années 1990, surtout au Québec, on a ajouté au *Code criminel* de nouvelles dispositions relatives aux « organisations criminelles ». Lorsque les règles de la divulgation concernant les poursuites en matière d'agression sexuelle ont été perçues comme une menace au droit à la vie privée des plaignants, également au cours des années 1990, les nouvelles dispositions concernant les « dossiers de tiers » ont été ajoutées au *Code criminel*. Finalement, les événements du 11 septembre 2001 ont engendré une inquiétude généralisée au sujet des crimes de terrorisme, et le Parlement a réagi en adoptant un grand nombre de nouvelles infractions et de nouvelles procédures dans la *Loi antiterroriste*.

Ces trois ensembles de modifications législatives ne sont que des exemples. Il y en a eu beaucoup d'autres, mais les trois cas mentionnés constituent de bonnes illustrations des effets qu'une réforme de la loi a produits sur la durée et la complexité des procès criminels.

---

[15] Marc Rosenberg, « Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term: Applying the Rules » (1994), 5 Sup. Ct. L. Rec. (2d) 421, p. 427; Rollie Thompson, « The Supreme Court Goes Hunting and Nearly Catches a Hearsay Woozle » (1995), 37 C.R. (4e) 282; Bruce Archibald, « The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? » (1999), 25 Queen's L.J. 1; Justice David Doherty, « The Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings: A Principled Approach in a Post *Charter* World », LSUC Special Lectures 2003: The Law of Evidence, p. 1; Michael Code, « Problems of Process in Litigating Privilege Claims Under the Flexible Wigmore Model », LSUC Special Lectures 2003 : The Law of Evidence, p. 251; Peter Sankoff, « The Search for a Better Understanding of Discretionary Power in Evidence Law » (2007), 32 Queen's L.J. 487.

En commençant avec la loi de 1997 sur les « organisations criminelles », telle que modifiée en 2001, dont l'effet sur les règles de fond du droit criminel a été d'ajouter trois nouvelles infractions, décrites aux articles 467.11, 467.12 et 467.13. Les trois infractions exigent que l'on commette ou envisage de commettre un certain acte criminel déjà existant comme le meurtre, le vol, l'extorsion ou le trafic de stupéfiants. En général, les trois nouvelles dispositions ajoutent ensuite un autre élément, voulant que les infractions existantes ou les infractions envisagées soient commises par une « organisation criminelle » ou « au profit de [...] l'organisation criminelle ». Si cet élément ajouté peut être prouvé, l'article 467.14 prévoit ensuite que la peine rattachée à la nouvelle infraction d'« organisation criminelle » doit être purgée consécutivement à toute autre peine sanctionnant l'infraction originale, ou l'infraction sous-jacente, au *Code criminel*. En d'autres mots, l'effet général de la loi est d'adopter une forme aggravée aux infractions déjà existantes, s'il est possible de prouver qu'elles font partie d'une « organisation criminelle », ce qui constitue une nouvelle expression d'origine législative définie à l'article 467.1.

Ces infractions sont devenues un élément important des « mégaprocès » modernes en Ontario, dont bon nombre sont reliées à des gangs, et il faut évidemment consacrer un temps d'audience supplémentaire considérable pour prouver le facteur aggravant additionnel d'« organisation criminelle », lequel peut ensuite entraîner une sanction consécutive prolongée. On trouve une simple illustration de ce propos dans le précédent jurisprudentiel d'« organisation criminelle » en Ontario, où l'infraction sous-jacente était une extorsion relativement claire que la Couronne a été en mesure de démontrer sans grande difficulté, en un peu plus d'une semaine. La portion « organisation criminelle » du procès s'est ensuite prolongée pendant six semaines avec la présentation d'une preuve longue et complexe sur les Hells Angels[16].

La Loi antiterroriste de 2001 a entraîné une prolongation similaire du procès criminel traditionnel. Elle a créé un certain nombre de nouvelles infractions fondées sur un tout nouveau concept d'origine législative, « l'activité terroriste », avec sa propre définition extensive qui se trouve à l'article 83.01. Tout comme la définition d'« organisation

[16] *R. c. Lindsay et Bonner* (2004), 182 C.C.C. (3d) 301 (C.S.J. Ont.), 2005 Can Lii 24240 (C.S.J. Ont.). Les transcriptions déposées en appel comptent environ 700 pages sur l'extorsion, et environ 3700 pages consacrées à l'aspect « organisation criminelle » de l'affaire.

criminelle », le nouveau concept d'origine législative d'« activité terroriste » est construit dans une certaine mesure à partir d'infractions existantes comme une activité qui « cause intentionnellement la mort » ou qui « cause intentionnellement des dommages matériels considérables ». Par contre, la définition va jusqu'à exiger la preuve d'éléments complètement nouveaux, dont un « but [...] de nature politique, religieuse ou idéologique » ainsi que le fait « d'intimider tout ou partie de la population [...] ou de contraindre une personne, un gouvernement ou un organisme national ou international à accomplir un acte ou à s'en abstenir ». Si la Couronne parvient à prouver le nouveau facteur aggravant d'« activité terroriste » comme faisant partie de l'une des nouvelles infractions, l'article 83.26 exige que l'on impose des peines consécutives de longue durée, tout comme sous le régime de la loi visant l'« organisation criminelle ». Ces nouveaux éléments et infractions complexes prolongeront manifestement la durée des procès, au-delà du temps nécessaire pour prouver n'importe quelle infraction sous-jacente ordinaire du *Code criminel*[17].

Cependant, la procédure prévue à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui prévoit la divulgation et l'utilisation de toute preuve touchant la « sécurité nationale » constitue un facteur additionnel de complications pour les nouvelles infractions de terrorisme. Ces nouvelles dispositions sont longues et compliquées, et couvrent de 11 à 17 pages des principales lois annotées. Leur plus importante caractéristique, quant à la prolongation des procès criminels modernes, est l'article 38.04 qui confère à la Cour fédérale le pouvoir exclusif de trancher ces questions, et l'article 38.09 qui prévoit des appels interlocutoires par l'une ou l'autre partie à la Cour d'appel fédérale. Les effets évidents de ces dispositions sont de scinder et de retarder le procès criminel moderne de terroristes, en retirant au tribunal de première instance certaines questions de divulgation et de preuve et en autorisant les appels interlocutoires. Des affaires récentes de terrorisme ont été retardées d'au moins un an par ces procédures accessoires[18].

---

[17] *R. c. Khawaja* (2006), 214 C.C.C. (3d) 399 (C.S.J. Ont.).

[18] *R. c. Ribic* (2004), 185 C.C.C. (3d) 129 (C.A. Féd.), *R. c. Ribic* 2004 Carswell Ont 2410 (C.S.J. Ont.); *R. c. Khawaja* (2007), 219 C.C.C. (3d) 305 (C.F.), inf. en partie, 228 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Féd.); *R. c. Khawaja 2008* C.F. 560. Dans l'affaire *Ribic*, après que la Couronne eut terminé la présentation de sa preuve devant le jury, la défense a voulu faire comparaître deux témoins le 23 octobre 2002, et a tenté de présenter un enregistrement vidéo par l'intermédiaire d'un des témoins. Le procureur général du Canada s'est opposé à la présentation de cette preuve pour des motifs de sécurité nationale, évoquant ainsi la procédure de l'article 38. Des avis de motion ont été déposés à la Cour fédérale les 5 novembre et 18 décembre 2002. Le juge Blanchard a entendu les motions et statué les 9 et 17 janvier 2003, autorisant la divulgation partielle de la preuve, mais interdisant le témoignage

Les dispositions concernant les « dossiers de tiers » que l'on a ajoutées au *Code criminel* en 1997 constituent la dernière illustration des retombées des modifications législatives fédérales sur la durée et la complexité des procès criminels. Il s'agit encore une fois de dispositions compliquées. À l'article 278.1, elles décrivent le « dossier » de façon large comme étant tous les dossiers « pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » et établissent ensuite une procédure judiciaire en deux étapes pour la divulgation de tels dossiers. La première étape est décrite à l'article 278.5 et exige que le juge de première instance soit convaincu que le dossier est « vraisemblablement pertinent » et « nécessaire », mais cette première décision doit être prise sans avoir vraiment examiné le ou les dossiers. De plus, le juge doit tenir compte d'une longue liste de huit facteurs distincts énumérés dans la loi au moment de décider de la « pertinence vraisemblable » et de la « nécessité ». S'il est convaincu quant à cette question initiale, le juge peut ensuite inspecter lui-même le ou les dossiers. Finalement, le juge peut ordonner la communication du dossier à l'accusé, mais seulement s'il est convaincu conformément à l'article 278.7 que tout document ou partie de document devant être communiqué est « vraisemblablement pertinent » et « nécessaire ». Par ailleurs, il faut tenir compte à nouveau de la même liste de huit facteurs relativement à la communication de chaque document ou partie de document, ainsi que des « effets bénéfiques et préjudiciables » et sur le « droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin ».

---

des deux témoins. L'accusé a interjeté appel de ces ordonnances à la Cour d'appel fédérale qui a entendu l'appel le 24 avril 2003 et fait connaître ses motifs de rejeter l'appel le 4 juin 2003. Ainsi, un procès de la Cour supérieure de l'Ontario a été retardé pendant plus de sept mois pendant que les procédures en Cour fédérale permettaient de trancher la demande concernant le privilège relatif à la sécurité nationale. Le 20 janvier 2003, le juge de première instance Cunningham, tel était alors son titre, a annoncé l'annulation du procès après avoir gardé le jury en attente pendant trois mois, dans l'espoir que les procédures de la Cour fédérale en arriveraient à une conclusion. Le nouveau procès a ensuite commencé devant le juge Rutherford en avril 2004 par des motions concernant le retard et concernant toute injustice causée par les décisions de la Cour fédérale. Le procès a débuté en juin 2004, plus de cinq années après le dépôt des accusations. Dans l'affaire *Khawaja*, l'accusé a été arrêté le 29 mars 2004; au même moment, sept autres accusés étaient arrêtés au Royaume-Uni et au Pakistan par rapport au même complot terroriste. Au Royaume-Uni, le procès des sept accusés a débuté le 21 mars 2006 et le 30 avril 2007, cinq accusés ont été déclarés coupables par un jury. Au Canada, le 1er novembre 2006, le procureur général fédéral a entrepris des procédures selon l'article 38 alors que le procès était en cours au Royaume-Uni. Le 15 février 2007, le juge Mosley a été désigné pour entendre la motion portant sur une demande de privilège relatif à la sécurité nationale sur 506 documents. Le 7 mai 2007, il a ordonné une divulgation partielle et les deux parties ont interjeté appel. Le 31 octobre 2007, la Cour d'appel fédérale a modifié en partie l'ordonnance du juge Mosley. Entre le 19 décembre 2007 et le 2 avril 2008, le procureur général du Canada a déposé quatre autres avis de réclamation de privilège à l'égard de divers autres documents. Le 30 avril 2008, le juge Mosley a refusé d'ordonner d'autres divulgations. Le procès canadien a ensuite débuté en juin 2008, plus de deux ans après le procès au Royaume-Uni et plus de quatre ans après le dépôt des accusations. Environ 18 mois avaient été passés à débattre des demandes relatives à l'article 38 en Cour fédérale.

Un élément déterminant de ces dispositions est l'article 278.4 qui accorde des droits distincts au gardien des dossiers, aux plaignants ou aux témoins et à « toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte ». En raison de cette disposition, il n'est pas inhabituel de voir lors de ces audiences de nombreux avocats représentant de nombreuses parties. Les avocats ont le droit de présenter des observations de façon répétée au juge de première instance, lors de cette audience complexe à plusieurs étapes où la question en litige suppose que l'on pondère à plusieurs reprises huit facteurs concurrents. On peut constater que le Parlement a adopté l'approche de la Cour suprême du Canada à l'égard du droit de la preuve dans les cas où des règles claires ont été remplacées par une large et incertaine pondération de principes ou facteurs concurrents[19]. Tous ces éléments nécessitent du temps et plusieurs affaires récentes constituent des exemples de retards engendrés par ces procédures complexes relatives aux « dossiers de tiers »[20].

En conclusion, on peut constater que les cours criminelles de première instance ont dû subir au cours des 20 à 30 dernières années l'assaut constant de nouveaux recours fondés sur la *Charte*, de nouvelles règles de preuve en common law, de nouvelles procédures législatives et de nouvelles infractions. En pareilles circonstances, il n'est guère surprenant que le bref, simple et efficace procès criminel des années 1970 ait été remplacé par le long, complexe et souvent inefficace procès criminel du XXI[e] siècle.

---

[19] Évidemment, une bonne partie de la substance et de la procédure énoncées dans ces dispositions législatives provient de la décision antérieure de la Cour dans *R. c. O'Connor* (1995), 103 C.C.C. (3d) 1 (C. S.C.).

[20] Par exemple, dans l'affaire *R. c. Kporwodu et Veno*, *supra*, note 2, une motion visant des « dossiers de tiers » a été présentée sous le régime de common law *O'Connor* dans une affaire de meurtre où l'anatomopathologiste en chef de la Couronne était le Dr Charles Smith. La défense voulait obtenir la production de 17 dossiers d'autopsie en matière criminelle et de six dossiers d'autopsie en matière non criminelle, dans 23 autres affaires non reliées où le Dr Smith avait aussi été le pathologiste et où on laissait entendre que son travail avait été défectueux. La défense a aussi tenté d'obtenir la production de certains dossiers de l'Ordre des médecins et chirurgiens ayant trait à la compétence du Dr Smith. La motion [TRADUCTION] « a accaparé plusieurs semaines de temps d'audience » lors de l'enquête préliminaire, seulement pour établir le fondement factuel de la motion et décider s'il existait un droit légitime à la confidentialité à l'égard des dossiers, ce qui signifiait qu'ils étaient visés par le régime des « dossiers de tiers » et relevaient à juste titre de la compétence du juge de première instance. Lors du procès, la motion en production a commencé le 28 octobre 2002 pour se conclure en partie le 4 décembre 2002, lorsque le juge de première instance a ordonné la production des 17 dossiers d'autopsie en matière criminelle. Après divers ajournements, le procès a repris le 7 avril 2003. Le 13 mai 2003, le juge de première instance a tranché une des autres questions de production. Les deux accusés, la Couronne, le Dr Smith, l'Ordre des médecins et chirurgiens et le bureau du coroner en chef de l'Ontario se sont vu accorder la qualité pour agir et ont tous été représentés par des avocats différents pour ces motions. À la suite de l'ordonnance du juge de première instance, on s'est également efforcé d'aviser les familles des victimes des 23 autopsies, pour permettre de décider si elles voulaient avoir la qualité pour agir lors de l'audition de la motion. Ces efforts ont causé une bonne partie des retards au procès. Par conséquent, il semble que l'on ait consacré à cette question environ 8 semaines de temps d'audience, réparties sur de nombreux mois. Voir : 176 C.C.C. (3d), p. 150-155 et 158-173; 195 C.C.C. (3d), p. 533-535.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous ne formulons pas ces observations dans un esprit critique envers la *Charte*, la Cour suprême du Canada ou le Parlement. Au contraire, nous croyons que les trois initiatives de transformation décrites ci-dessus étaient compréhensibles. Il existe de solides arguments préconisant des droits constitutionnels garantis, un droit de la preuve fondé sur des principes, des infractions d'« organisation criminelle », des infractions « terroristes » et des procédures pour « dossiers de tiers » visant à protéger le droit à la vie privée des plaignants et témoins. Nous ne recommandons pas de faire marche arrière sur ces initiatives. Elles représentent des choix politiques légitimes, même si elles ont entraîné des pertes importantes sur le plan de l'efficacité des procès.

Ce que nous tenons à souligner, c'est que la convergence de ces trois innovations majeures au cours d'une certaine période de notre histoire a imposé aux tribunaux de première instance un fardeau énorme. Il semble qu'aucun des réformateurs du droit, tant à la Cour suprême du Canada qu'au Parlement, qui sont à l'origine de ces profonds changements au droit, n'ait pris le recul nécessaire pour se demander si le système de justice allait pouvoir, de façon efficace et efficiente, absorber d'un seul coup tous ces changements. Chacun de ces trois changements majeurs résumés ci-dessus a eu l'effet de créer des procédures judiciaires plus longues et plus complexes. Leur effet cumulatif sur la durée, l'efficacité et les retards des procès a été très important.

Nous commençons donc avec la constatation que le procès criminel ne sera plus jamais ce qu'il a été au cours des années 1970. Le contexte juridique dans lequel nous fonctionnons de nos jours est bien trop différent.

C. Dans ce contexte juridique modifié, le système de justice se doit de faire mieux

Malheureusement, les nombreux changements majeurs au procès criminel résumés ci-dessus ont été aggravés par certaines faiblesses du système de justice. Nous constatons surtout trois tendances systémiques ou culturelles qui semblent être pires aujourd'hui qu'à une époque antérieure. Nous estimons que c'est dans ces vastes domaines que le système judiciaire pourrait connaître une nette amélioration. Les trois observations que nous présentons dans la présente section de notre Rapport sont certes étendues et impressionnistes. Nous ne voulons

pas viser des cas particuliers pour soutenir nos observations, du fait que nous trouverions injuste d'orienter les critiques vers quelqu'un en particulier.

Notre première constatation est que les nouveaux recours fondés sur la *Charte*, les nouvelles motions en droit de la preuve et les nouvelles procédures législatives (comme l'article 38 de la *Loi sur la preuve* et l'article 278 du *Code criminel*), tels que résumés ci-dessus, ont tous une caractéristique commune. Ils comportent généralement des mesures préalables au procès. Notre impression est que, dans la plupart des cas, le procès lui-même de nos jours demeure relativement simple, comme il l'a toujours été, faisant intervenir la preuve ou le manque de preuve d'un fait criminel ou d'une allégation. Ce qui a constitué le plus grand changement dans la procédure criminelle moderne a été l'émergence d'une pratique de motions préliminaires élaborées qui a pour effet de retarder le procès.

Le système de justice n'a pas bien réagi à ce phénomène de retarder le procès. De fait, une culture quelque peu complaisante se serait instaurée. Il semble y avoir au sein du système de justice une attitude voulant qu'il soit devenu inévitable que les motions durent des mois, que les interrogatoires et contre-interrogatoires des témoins et les plaidoiries prennent des jours et que les procès s'éternisent pendant des années avant de commencer. En outre, lorsque le moindre nouveau rebondissement survient dans une affaire, l'avocat de la défense et celui de la Couronne ont le réflexe de demander des ajournements qui leur sont souvent accordés. Chaque fois qu'un avocat présente une motion, le tribunal l'écoute patiemment, peu importe à quel point elle est mal fondée ou fantaisiste. De plus, l'aide juridique paiera un avocat pour contester toute motion devant le tribunal, quel que soit son bien-fondé ou son utilité pour l'affaire, intégrant ainsi une incitation financière à des motions interminables.

Nous jugeons essentiel de changer cette culture, et que les avocats et les juges aient pour objectif les normes d'une époque antérieure où ces types de retards n'étaient pas tolérés. Nous croyons que les arguments juridiques devraient être succincts et ciblés, de même que les interrogatoires et contre-interrogatoires des témoins, et que l'on ne devrait accorder les ajournements que dans le seul cas où des rebondissements vraiment importants surviendraient à l'improviste. Que ce soit pour la Couronne ou la défense, un avocat ingénieux peut s'adapter et s'ajuster à la plupart des rebondissements d'une affaire, sans avoir besoin de délais. Nous croyons aussi qu'il faudrait rejeter sommairement les motions frivoles.

Une bonne partie de nos recommandations qui suivent ont pour objectifs de promouvoir une gestion plus énergique et efficace de l'étape préparatoire au procès, d'exiger des avocats une discipline et une concentration accrues dans la conduite de leurs affaires, et de les encourager en ce sens. Le Chapitre 4 en particulier a pour but de mettre en place des pratiques plus efficaces de gestion des instances, surtout à l'étape préparatoire au procès, et le Chapitre 5 traite de la responsabilité de l'aide juridique à cet égard. À la suite de réformes dans ces deux domaines, nous espérons pouvoir en arriver plus rapidement à un procès sur le fond. La culture moderne des délais cause un tort important à la confiance du public envers le système de justice, et il faut que cette situation change.

Le deuxième grand phénomène culturel qui semble avoir surgi de la période intense de réforme du droit résumée ci-dessus est que le système est devenu à la fois sujet à l'erreur et effrayé à l'idée de se tromper. L'avalanche de nouvelles procédures juridiques complexes, qu'elles proviennent de la *Charte*, de la « révolution » du droit de la preuve ou des continuelles modifications législatives, a créé un système comportant de trop nombreux objets de décisions difficiles et nuancés. Dans ce nouvel environnement juridique, il n'est guère surprenant que des erreurs soient commises. De plus, nous constatons que les juges et avocats semblent appréhender ces types d'erreurs, de sorte qu'ils procèdent de façon excessivement prudente, en présentant plus de preuves que nécessaire, en ajoutant des éléments de preuve d'une utilité marginale, en écoutant des arguments superflus, en divulguant plus de renseignements qu'il n'en faut, en prenant trop de temps à juger pour ensuite trancher de la façon la plus préventive, en raison d'une crainte importune de la révision en appel. Toutes ces tendances contribuent à prolonger indûment les procès.

Encore une fois, bon nombre des recommandations qui suivent visent à tenter de renverser ce phénomène constitué par une pratique exhaustive et épuisante du droit et d'une façon timide de juger. Nous estimons que la complexité croissante de la procédure criminelle moderne et du droit de la preuve a créé un besoin de juges réellement compétents qui seront en mesure de gérer efficacement ces instances, surtout à l'étape préalable au procès. Nous croyons aussi qu'il est possible de définir clairement et simplement des pratiques efficaces de gestion des instances, en tant que règles, et non pas comme des principes d'une infinie souplesse. Finalement, pour éviter que des erreurs soient commises, nous suggérons que les

affaires les plus graves et les plus complexes soient confiées aux membres du barreau les plus éminents et aux meilleurs procureurs de la Couronne.

Le troisième et dernier des grands changements culturels que nous avons constatés est une forte croissance de l'animosité et de l'acrimonie entre avocats. Bon nombre des récentes causes importantes qui ont duré beaucoup trop longtemps ont été marquées par une conduite agressive et inappropriée d'un côté ou de l'autre de la barre et, dans certains cas, des deux côtés. Le modèle accusatoire de procédure a toujours créé des possibilités de conflit, vu les rôles antagonistes des parties. Cela dit, les importantes réformes au système qui ont été résumées ci-dessus ont créé de nombreuses nouvelles occasions de conflit. Comme nous l'avons déjà souligné, la façon dont certains droits et recours ont été définis dans la jurisprudence semble avoir pour objet d'accroître la possibilité d'attaques personnelles entre avocats. En d'autres mots, plutôt que d'apaiser la nature combative inhérente au système accusatoire en favorisant le respect, la collégialité et la cohésion entre les parties, les réformes de l'ère moderne ont contribué à créer un environnement empreint d'une plus grande animosité.

Il s'agit d'une évolution très grave à laquelle il faut mettre fin. Quand les avocats se lancent entre eux des attaques personnelles, le système accusatoire se détraque, parce qu'on ne règle plus rien hors cour. Chaque dispute insignifiante s'engage de façon hostile et provocante dans la salle d'audience, et le procès cesse de cibler efficacement les vraies questions de l'instance.

Encore une fois, bon nombre de nos recommandations ci-dessous visent ce phénomène et encouragent le pouvoir judiciaire à insister sur des normes élevées de civilité dans les tribunaux, en invitant le Barreau du Haut-Canada à jouer un rôle disciplinaire décisif dans ce domaine et en recommandant qu'Aide juridique Ontario exerce son mandat prévu par la loi de n'accorder des certificats qu'aux avocats qui offrent des services juridiques efficaces, efficients et de bonne qualité. Ce vaste sujet est surtout couvert par le Chapitre 6.

D. Les idées-forces de nos recommandations

Il ressort de l'analyse qui précède que notre examen présente une image brouillée.

D'une part, nous pensons que les tribunaux de première instance ont subi des pressions énormes provenant de forces externes qui échappent totalement à leur contrôle. Ces forces externes – la *Charte*, l'« approche fondée sur des principes » au droit de la preuve, et le flux de modifications législatives – ont toutes contribué à engendrer inévitablement des procès criminels plus longs et plus complexes.

D'autre part, nous estimons que le système de justice n'a pas réagi aussi bien qu'il aurait dû à ces nouveaux défis. L'inévitable prolongation du procès criminel de l'ère moderne a été aggravée par des faiblesses inhérentes au système de justice lui-même. Et plus particulièrement, une culture de tolérance envers les retards s'est instaurée, une approche excessivement défensive à l'exercice du droit et de la façon de juger est apparue, et l'acrimonie et l'inconduite au tribunal sont en croissance.

Nous avons discerné cinq principaux domaines où il est souhaitable de procéder à des réformes ou à des améliorations. Nous n'affirmons pas que ces cinq domaines sont exhaustifs. Plusieurs autres réformes judicieuses nous ont été suggérées. En fait, nous croyons que ces cinq domaines sont les plus sensibles aux changements et aux faits nouveaux survenus au sein du système de justice et décrits au présent chapitre. Si le système de justice peut mettre en œuvre des réformes dans ces cinq vastes domaines, nous estimons que celles-ci auront des répercussions importantes sur le phénomène moderne des procès criminels interminables, inefficaces, mal ciblés et maintes fois reportés.

Nous pensons également que les réformes recommandées dans ces cinq domaines sont réalisables. Au terme des deux phases de consultation, décrites plus haut au Chapitre 1, que nous avons menées au cours des derniers mois, nous avons précisé nos recommandations. Nous avons tenté à la fois d'être pragmatiques et de nous appuyer sur des principes, et croyons être parvenus à des positions largement acceptées par les porte-parole de tous les intervenants de l'appareil judiciaire. Un ensemble de réformes plus important ou plus ambitieux pourrait ne pas obtenir le même degré de soutien massif.

En vertu de la Constitution, les quatre principaux acteurs du système de justice sont indépendants les uns des autres – la police, la Couronne, la défense et la magistrature. Le barreau et l'aide juridique jouissent également d'un certain degré d'autonomie législative. Un

de nos principaux objectifs était d'obtenir, de ces six acteurs résolument autonomes, un large soutien à un ensemble de réformes. Nous espérons y être parvenus.

Nous aborderons ci-dessous dans un chapitre distinct, chacun des cinq principaux domaines visés par les propositions de réforme. En guise de résumé, ce sont les suivants :

1. La divulgation des renseignements pertinents non protégés par le secret professionnel et qui sont en possession de la Couronne, ainsi que la relation entre cette dernière et la police à l'étape pré-inculpation (Chapitre 3);

2. La gestion judiciaire des instances, surtout à l'étape préalable au procès (Chapitre 4);

3. Les pratiques de l'aide juridique en matière d'établissement du budget, et ensuite de gestion et de surveillance de la conduite des affaires longues et complexes par l'avocat (Chapitre 5);

4. Conseiller, orienter et, au besoin, sanctionner personnellement l'avocat de la Couronne et celui de la défense qui mènent des causes longues et complexes (Chapitre 6);

5. Traiter le cas de l'accusé non représenté par avocat dans des causes longues et complexes (Chapitre 7).

CHAPITRE 3 : La divulgation et les relations pré-inculpation entre la police et la Couronne

A. Introduction

Le droit de l'accusé à la divulgation de tous les renseignements pertinents et non privilégiés qui sont en possession de la Couronne est garanti par l'article 7 de la *Charte*[21]. De plus, l'omission de respecter ce droit est étroitement liée au risque d'erreur judiciaire[22]. Pour ces motifs, le devoir de procéder à une divulgation complète constitue l'une des obligations les plus importantes du système de justice pénale.

Nous n'avons pas l'intention d'entreprendre une analyse prolongée du droit à la divulgation puisque la jurisprudence est bien connue. Notre priorité est de discerner s'il existe actuellement des pratiques et procédures efficientes et efficaces de divulgation dans les affaires vastes et complexes, et s'il est nécessaire de procéder à des réformes.

Presque chaque partie qui a présenté des observations à l'examen a reconnu que la divulgation est une source constante de litiges et de difficultés dans les causes longues et complexes en Ontario. Notre analyse des arrêts de principe dans ce domaine, ainsi que nos quatre études de cas, confirment que les polémiques en matière de divulgation ont posé des problèmes considérables à ces causes et constituent un facteur important de retards et d'inefficacité.

Les problèmes associés aux pratiques et procédures de divulgation, du côté de la Couronne et de la police, ont tendance à graviter autour de l'absence d'une norme de « pratique exemplaire » quant à la forme et au contenu de la divulgation, ainsi qu'au moment opportun pour y procéder. Certaines causes et certaines juridictions démontrent des pratiques saines, alors que dans d'autres cas les pratiques sont très médiocres. La « pratique exemplaire » est évidemment un dossier de la Couronne bien organisé et complet fourni à la défense peu après le dépôt des accusations. Lorsque désorganisée et incomplète, la divulgation entraîne des

---

[21] *R. c. Stinchcombe* (1991), 68 C.C.C. (3d) 1 (C.S.C.); *R. c. Carosella* (1997), 112 C.C.C. (3d) 289 (C.S.C.).
[22] *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution* [*the Marshall Report*], vol. 1, 1989, Province de Nouvelle-Écosse, p. 68-79 et 238-244.

demandes complémentaires continuelles de la part de la défense, ce qui cause des retards. Les questions connexes sont : qui paie pour la divulgation, à qui incombe-t-il de transcrire les interceptions et interrogatoires enregistrés pertinents, et qui est chargé de vérifier ou de réviser les documents privilégiés et non pertinents dans le dossier de divulgation de la preuve. Encore une fois, il n'existe pas de protocole ou de pratique uniforme qui régisse ces aspects.

Du côté de la défense, les problèmes les plus courants en matière de pratiques et de procédures de divulgation ont tous tendance à porter sur les motions pour obtenir des documents ne faisant pas partie de l'enquête et qui se trouvent à la limite de la pertinence. Le critère établi par l'arrêt *Stinchcombe* du « manifestement pas pertinent[s] » – « est fort peu élevé » et, par conséquent, il « vise les documents qui peuvent n'avoir qu'une importance secondaire par rapport aux questions fondamentales en litige »[23]. Pour la Couronne, les motions présentées par la défense pour obtenir des documents « d'importance secondaire » sont très difficiles à évaluer, surtout si la défense ne donne pas de précisions et n'explique pas sa motion. Ces motions peuvent aussi soulever un intérêt de nature privée de la part de tiers lorsqu'elles visent des dossiers qui ne font pas partie de l'enquête régulière. Pour tous ces motifs, les litiges prolongés devant les tribunaux tendent à se produire dans les cas où le juge est obligé d'examiner de grands nombres de documents. Encore une fois, aucune « pratique exemplaire » reconnue n'est apparue pour prévenir ces retards.

B. Les solutions aux problèmes de la Couronne ou de la police

L'absence de toute norme cohérente quant à la forme et au contenu de la divulgation, ainsi qu'au moment opportun pour y procéder, est difficile à comprendre du fait que l'affaire Stinchcombe a été tranchée depuis maintenant presque 17 ans. Un comité élargi présidé par l'honorable G. Arthur Martin, c.r., (le comité Martin) a passé, il y a plus de 15 ans, plus d'une année à étudier la divulgation et les autres questions liées aux étapes préliminaires du processus criminel. Le rapport du comité recommandait, entre autres, que le solliciteur général utilise les pouvoirs prévus à l'alinéa 3(2)*j*) de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario pour « donne[r] des directives et des lignes directrices » demandant à toutes les forces policières de l'Ontario de se conformer à la nouvelle Directive détaillée sur la divulgation, émise par le

[23] *R. c. Dixon* (1998), 122 C.C.C. (3d) 1, p. 11-12 (C.S.C.).

procureur général. Cette directive de la Couronne avait précédemment été recommandée dans le rapport[24]. Nous ne sommes pas au courant de telles « directives et lignes directrices » qui auraient été émises aux forces policières de l'Ontario, bien que la nouvelle Directive aux avocats de la Couronne ait été adoptée, comme recommandé.

Six ans plus tard, un autre comité élargi a formulé des recommandations similaires. Le rapport du Comité de révision de la justice pénale, présidé par le juge Hugh Locke, le juge principal John Evans et l'actuel sous-procureur général, Murray Segal, énonçait ce qui suit au sujet de la divulgation (dans son résumé)[25] :

> La divulgation est nécessaire non seulement à l'exercice du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, mais également au fonctionnement efficace du système de justice pénale. Pour mettre en place des pratiques efficaces de divulgation dans l'ensemble de la province, il faut améliorer la coopération et la coordination entre la province, la police et la poursuite. Un comité provincial de coordination devrait être constitué et chargé d'élaborer une directive énonçant les responsabilités de la police et des poursuivants, et de traiter les questions touchant la divulgation. En outre, des représentants de la police et du ministère du Procureur général devraient négocier d'urgence un nouveau protocole d'entente efficace pour régir la production, la qualité et la présentation des dossiers de police et des dossiers de divulgation. Il faut également établir des politiques exhaustives concernant la divulgation des témoignages enregistrés sur bande audio et vidéo et la transcription des témoignages.

Le rapport du comité recommandait expressément que « [d]es normes uniformes de contrôle de la qualité devraient être adoptées dans l'ensemble de la province», qu'elles s'appliquent à « tous les dossiers de police » et [TRADUCTION] « qu'une directive conjointe ou un ordre permanent décrivant de façon complète les responsabilités en matière de divulgation propres à la police et aux procureurs [...] soit émis par le solliciteur général et le procureur général »[26].

---

[24] *Rapport du Comité consultatif du procureur général sur le contrôle des accusations, la divulgation de la preuve et les discussions en vue d'un règlement* [*le Rapport Martin*], Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1993, p. 193-195 et 264-266. La *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P. 15.

[25] *Rapport du comité de révision de la justice pénale*, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1999, p. 3 et 37- 48.

[26] *Ibid.*, Recommandations nos 5.1 et 5.9. Le rapport souligne que les obligations pertinentes du solliciteur général se trouvent aux alinéas 3(2)*b*), *d*) et *j*), exigeant qu'il élabore, encourage et améliore « les pratiques, les normes et la formation policières professionnelles », qu'il émette des « directives et lignes directrices relatives aux questions de politiques » et surveille la conformité « aux normes de service prescrites ». Pour une excellente analyse de la tension inhérente entre l'indépendance opérationnelle de la police et la mission d'émettre des directives relatives aux questions de politiques que la loi confie au solliciteur général, voir *Le rapport de la*

Encore une fois, nous ne sommes pas au courant que l'on ait jamais donné suite à cette recommandation.

Bien que l'historique ci-dessus semble démontrer une certaine inertie, nous avons le plaisir d'annoncer qu'il s'agit d'un domaine où des progrès importants ont été réalisés au cours des dernières années. Tous les grands corps policiers de l'Ontario qui interviennent dans des affaires vastes et complexes, de concert avec les procureurs fédéraux et provinciaux, semblent avoir atteint un consensus envers une norme de divulgation uniforme dans ces affaires. Ce nouveau dossier de divulgation de la preuve normalisé est le bienvenu chez les avocats de la défense parce qu'il est bien organisé, complet et fait en temps voulu. Par conséquent, nos recommandations dans ce domaine correspondent à une « pratique exemplaire » qui peut facilement être mise en vigueur, puisque nous suivons un modèle déjà utilisé dans plusieurs causes et qui jouit de l'appui de toutes les parties. Il ne reste plus qu'à en faire l'objet d'une directive dans le cadre de la *Loi sur les services policiers*, comme l'a recommandé le comité Martin il y a plus de 15 ans, pour s'assurer qu'il soit mis en vigueur de façon cohérente dans les causes majeures de toute la province.

Le modèle qui est apparu, et que nous appuyons, comporte quatre caractéristiques importantes :

- Premièrement, il exige à l'étape pré-inculpation une collaboration beaucoup plus étroite entre la police et la Couronne que celle qui a de tout temps existé dans notre système de justice. Cette approche permet au ministère public et à la police de se consulter, avant le dépôt de toute accusation, quant à la dimension et de l'enjeu de la cause, de telle manière qu'on a plus de chance de déboucher sur une poursuite gérable. Ceci permet aussi à la police et à la Couronne de commencer à constituer le dossier de divulgation de la preuve dès l'étape pré-inculpation, de sorte qu'il soit prêt en grande partie au moment du dépôt des accusations.
- Deuxièmement, il comporte l'utilisation de la communication électronique de la preuve sous une forme type, connue sous le nom de « mémoire de

---

Commission d'enquête sur Ipperwash : Politiques, Partie 2, Toronto, ministère du Procureur général, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2007, p. 310-348.

gestion des causes importantes ». Celle-ci compte 52 chemises de classement systématique et le même logiciel de recherche standard Adobe 8 pour utilisation par toutes les parties, que ce soit la police, la Couronne ou la défense. L'élaboration d'un dossier de divulgation normalisé devrait mettre fin aux pratiques inéquitables qui existent à l'heure actuelle entre les différentes juridictions et les différentes causes. Par exemple, les constats de police, les casiers judiciaires des témoins, les photographies, les appels au service 911, les transmissions radio, les dispositifs d'écoute clandestine et les entrevues enregistrées feraient tous partie du dossier de divulgation initiale plutôt que de causer des pertes de temps dues aux motions de suivi émanant de la défense et visant à obtenir ce type de documents, comme il arrive présentement dans les cas où l'on ne suit pas les pratiques normalisées de divulgation complète de la preuve. Le « mémoire de gestion des causes importantes » typique, selon nous, contient tous les documents utiles à l'enquête, y compris ceux mentionnés ci-dessus, et par conséquent il est conforme à la norme de pertinence « fort peu élevé[e]» de l'arrêt *Stinchcombe*.

- Troisièmement, l'intervention de la Couronne avant qu'une accusation n'ait été portée permet de résoudre beaucoup plus facilement et rapidement certains des points de désaccord passés entre elle et la police, comme la question de savoir qui est chargé de vérifier le dossier, et qui juge que des entrevues et des interceptions sont pertinentes et doivent être transcrites. L'emploi de la communication électronique de la preuve permet également de résoudre bon nombre de difficultés relatives aux coûts et la question de savoir qui devrait payer les frais de la divulgation.
- Quatrièmement, et finalement, la participation de la Couronne à l'étape pré-inculpation accélère la rédaction du mémoire et en permet la divulgation à la défense au moment voulu, peu après le dépôt des accusations. De cette manière, des délais administratifs réalistes et courts peuvent être établis pour une divulgation initiale.

Chacun de ces quatre éléments soulève ses propres questions, y compris certaines questions juridiques d'importance qui seront abordées plus loin en même temps que nos recommandations.

C. Collaboration plus étroite entre la police et la Couronne à l'étape antérieure au dépôt d'accusations

Au cours des 20 à 30 dernières années, il s'est produit une évolution naturelle vers une collaboration beaucoup plus étroite entre la police et la Couronne à l'étape pré-inculpation. Comme il a été indiqué précédemment, la procédure pénale est devenue beaucoup plus complexe qu'elle ne l'était à une époque antérieure. Les procédures d'enquête de la police font maintenant l'objet de motions préliminaires afin de déterminer s'il y a eu atteinte à un droit protégé par la *Charte*, si la preuve sera admise en vertu de la nouvelle « approche fondée sur des principes » et si une procédure prévue par la loi, comme une autorisation d'écoute électronique ou un mandat de perquisition, a été adéquatement suivie. Pour naviguer dans ces eaux difficiles, la police s'est progressivement adressée à l'avocat de la Couronne pour obtenir des avis juridiques avant le dépôt d'accusations. La portée et la confidentialité de cette relation de conseil ont été reconnues comme faisant partie du secret professionnel de l'avocat[27]. Il n'est tout simplement pas réaliste, à l'ère moderne, de s'attendre à ce que la police et la Couronne travaillent dans un environnement cloisonné, comme c'était le cas à une certaine époque.

En même temps, la police et la Couronne demeurent indépendantes l'une de l'autre sur le plan constitutionnel. Dans ses fonctions opérationnelles la police ne peut recevoir de directives d'aucun représentant de l'État, ceci pour protéger les enquêtes criminelles de toute ingérence politique. Dans l'affaire *Shirose*, le tribunal a décidé de façon unanime qu'« il ne faut pas le considérer [le commissaire de la GRC] comme un préposé ou un mandataire du gouvernement lorsqu'il effectue des enquêtes criminelles. Le Commissaire n'est soumis à aucune directive politique ». Le tribunal a adopté la fameuse déclaration de Lord Denning, à cet égard, voulant que les agents de police soient « indépendants de l'exécutif », et dans

[27] *R. c. Shirose and Campbell* (1999), 133 C.C.C. (3d) 257 (C.S.C.).

l'exécution de leurs fonctions d'enquête criminelle, les agents de police ne sont « le serviteur de personne, sauf de la loi elle-même »[28].

Bien que nous recommandions une collaboration étroite entre la police et la Couronne à l'étape antérieure au dépôt d'accusations, pour les raisons juridiques et pratiques évidentes énoncées précédemment, nous ne voulons pas donner l'impression de souscrire à une forme de filtrage pré-inculpation ou à l'approbation des mises en accusation qui se pratiquent dans certaines autres provinces. Aucun des participants n'a instamment recommandé cette pratique, et nous ne l'avons pas étudiée de près[29]. Le ministère public ne devrait pas non plus s'arroger les fonctions d'enquête qui, en vertu de la convention constitutionnelle, sont du ressort de la police. La collaboration étroite que nous recommandons se traduit par la dispense de conseils par la Couronne et la coopération de la police dans les divers domaines décrits ci-dessous. Par contre, la police demeure autonome et c'est elle qui doit décider, à la fin de l'enquête, s'il faut faire une dénonciation sous serment conforme à l'article 504 du *Code criminel*[30].

---

[28] *Ibid.*, p. 280, citant Lord Denning dans *R. c. Metropolitan Police Commissioner, Ex Parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763-769 (C.A.). Dans *Shirose*, le tribunal n'a pas expressément déclaré que ces principes sont « constitutionnels », mais ils apparaissent certainement comme des « conventions constitutionnelles » de longue date, sinon des « principes de justice fondamentale » garantis par l'article 7. Pour lire une excellente analyse de l'indépendance de la police, voir le *Rapport de la Commission d'enquête sur Ipperwash, supra*, note 26.

[29] Voir le *Rapport Martin*, *supra*, note 24, p. 120-127 pour une bonne analyse de la question de savoir si le filtrage de la Couronne devrait avoir lieu avant ou après le dépôt d'accusations.

[30] *R. c. Regan* (2002), 161 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.). S'exprimant pour la majorité dans l'arrêt *Regan*, le juge LeBel soulignait aux paragraphes 66 à 68 « la nécessité de faire une distinction entre les fonctions de la police et celles de la Couronne » sur la foi des leçons apprises de « rapports [comme le *Rapport Marshall*] d'enquêtes sur des erreurs judiciaires qui ont entraîné l'emprisonnement d'innocents au Canada ». Le juge LeBel a conclu que la « [l]a ligne de démarcation nette signifie apparemment que l'ultime responsabilité de décider quelles accusations doivent être portées incombe à la police, et non au ministère public ». Et le plus important en ce qui nous concerne, est que le juge LeBel a conclu que l'on pouvait encore suivre le précepte de garder séparées les fonctions de la police et de la Couronne, même si sous le régime des protocoles modernes de poursuite la Couronne et la police collaborent beaucoup plus étroitement à l'étape antérieure à l'accusation sous les protocoles modernes de poursuite :

> « Le protocole [utilisé en Nouvelle-Écosse après le rapport *Marshall*] encourage l'évaluation conjointe, par la police et par le ministère public, de l'opportunité de porter des accusations : aucun élément de ces recommandations n'indique que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public doive être appliquée pour empêcher le ministère public d'entrer en contact avec des témoins potentiels avant le dépôt des accusations. Par conséquent, même si le *Rapport Marshall* parle d'une ligne de démarcation nette entre les fonctions de la police et celles du ministère public, c'est une ligne qui peut être tirée sur le plan des concepts et au figuré, par une pratique éclairée, plutôt qu'au propre, par le dépôt concret d'accusations. »

La Cour a réitéré cet argument dans une affaire subséquente, *Re. Application under s. 83.28 of the Criminal Code, sub. nom. R. c. Bagri* (2004), 184 C.C.C. (3d) 449, p. 485 (C.S.C.), où la majorité a fait référence à l'affaire *Regan* et conclu que « le simple fait que l'avocat du ministère public participe à l'investigation ne compromet pas nécessairement son objectivité ».

Dans le contexte des affaires complexes de grande envergure, la collaboration étroite entre la police et la Couronne à l'étape antérieure au dépôt d'accusations se justifie bien au-delà des avis juridiques fournis sur les techniques d'enquête comme les mandats de perquisition, dispositifs d'écoute clandestine, agents d'infiltration et « déclarations du KGB » enregistrées sur bande. La Couronne a plutôt besoin d'engager très tôt le dialogue avec la police, sur la portée de l'enquête, ses objectifs et la thèse qu'elle entend établir. En d'autres termes, dans ces affaires de très grande envergure, la police a besoin d'une opinion préalable à l'accusation pour discerner la tournure éventuelle d'une poursuite réalisable, si elle doit avoir lieu à la fin de l'enquête. Il ne sert à rien pour la police de poursuivre une enquête confuse et éparpillée, comportant des centaines d'objectifs, si elle mène à une cause qui ne peut pas être instruite en raison du trop grand nombre d'accusés et de problèmes de divulgation insurmontables[31].

D'ailleurs, nous sommes d'avis que la pratique actuelle qui se développe, où la police et la Couronne collaborent déjà beaucoup plus étroitement à l'étape antérieure au dépôt d'accusations dans de nombreuses causes de grande envergure, a fait son apparition à la suite d'amères expériences vécues lors de certains des premiers « mégaprocès » qui n'avaient pas été soigneusement planifiés d'avance, et ne se sont jamais rendus au procès après le dépôt des accusations. Il s'ensuit que les enquêtes modernes de la police dans les affaires complexes de grande envergure, telles que celles menées par le nouveau « Groupe d'intervention contre les bandes criminalisées et les armes à feu » de l'Ontario et l'« Unité mixte d'enquête sur le crime organisé » peuvent maintenant être assorties de consultations de la Couronne avant le dépôt

---

[31] La meilleure illustration de cette évolution moderne du conseil antérieur au dépôt des accusations par la Couronne dans les enquêtes très vastes se trouve dans le Guide du Service fédéral des poursuites. Sa politique sur la *Gestion des mégaprocès*, au chapitre 54 du Guide, réclame dans ces affaires une collaboration étroite entre la police et la Couronne dans les termes suivants :

> « Il faut insister sur le fait que le rôle des avocats de la Couronne est de fournir les conseils juridiques appropriés qui sont demandés. Ils doivent notamment fournir des conseils aux organismes d'enquête sur la façon dont les choix liés à l'enquête peuvent avoir une incidence sur une éventuelle poursuite. À cet effet, ils pourraient devoir poser des questions difficiles visant à faire en sorte que l'enquête demeure sur la bonne voie. Il ne s'agit toutefois pas, pour l'avocat de la Couronne, d'effectuer le travail de l'organisme d'enquête… L'avocat de la Couronne peut offrir un aperçu de la façon dont le choix des outils (p. ex., le nombre d'accusés, le type d'accusations, les mesures autres que les poursuites) peut avoir des répercussions sur la réalisation du plan. Avant d'engager des poursuites, il faut veiller à ce qu'elles soient faciles à gérer sur les plans financier et juridique. »

En ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch54.html.

d'accusations et d'avis quant à la thèse, l'objectif et la portée de l'affaire, le tout, dans le but de créer une cause qui soit gérable et puisse être instruite efficacement.

De plus, le processus de divulgation après qu'une accusation a été portée comporte d'importants avantages si la police et la Couronne collaborent étroitement à l'étape antérieure au dépôt d'accusations. De cette façon, la constitution du dossier de divulgation de la preuve se fera de jour en jour, au fil des progrès de l'enquête, et sera presque terminée au moment du dépôt des accusations.

Nous constatons que les relations entre la police et la Couronne ont progressé de façon similaire au Royaume-Uni. On fait maintenant preuve dans ce pays d'une collaboration beaucoup plus étroite à l'étape antérieure au dépôt d'accusations, tout en conservant l'autonomie historique et la séparation des rôles entre la police et la Couronne[32].

Pour conclure ce sujet, nous croyons que l'intervention de la Couronne dès le début de l'affaire, au stade de l'enquête, devrait permettre d'assurer que, au moment du dépôt des accusations, la poursuite sera ciblée et aura des chances de réussir, un bon nombre des problèmes juridiques auront été anticipés et réglés, et les documents faisant l'objet de la divulgation seront déjà bien organisés et bientôt prêts à être communiqués à la défense.

Recommandation n^{o} 1 :

Dans les affaires complexes et de grande envergure, en Ontario, la police et la Couronne devraient collaborer beaucoup plus étroitement à l'étape antérieure au dépôt

---

[32] *The Royal Commission on Criminal Justice Report*, 1993 Cm 2263 (HMSO 1993), p. 72 [*le Rapport Runciman*] a conclu que le Crown Prosecution Service (service des poursuites) ne devrait pas [TRADUCTION] « être chargé des enquêtes policières », mais que la police devrait « demander l'avis du Crown Prosecution Service » et « cela devrait se produire plus souvent qu'à l'heure actuelle ». Ce qui importe davantage en ce qui nous concerne, le rapport recommandait que [TRADUCTION] « les causes où il convient de demander un avis incluent celles qui sont graves, complexes ou sensibles ». Le Crown Prosecution Service a appliqué cette recommandation étant donné que le *Code for Crown Prosecutors* (code des procureurs de la Couronne) dispose que [TRADUCTION] « les procureurs de la Couronne doivent guider et conseiller les enquêteurs tout au long du processus d'enquête et de poursuite » tout en soulignant que « les fonctions du *Crown Prosecution Service* et de la police sont différentes et distinctes. En conseillant la police, vous ne devez pas jouer le rôle d'enquêteur ni diriger ses procédures opérationnelles ». *The Code for Crown Prosecutors* (2004). En ligne : http://www.cps.gov.uk/publications/docs/code2004english.pdf « Relations entre le Crown Prosecution Service et la Police ». En ligne : http://www.cps.gov.uk/news/nationalnews/archive/25feb2004.html. On peut constater une évolution similaire en Australie. Voir le Standing Committee of Attorneys-General (comité permanent des procureurs généraux), *Report of the Working Group on Criminal Trial Procedure*, Canberra, A.C.T., 1999, (Président : le juge Brian Martin), p. 30-31.

d'accusations qu'elles ne l'ont traditionnellement fait. La collaboration ne signifie pas une approbation des mises en accusation, ni que la Couronne se charge des fonctions d'enquête de la police. Elle désigne plutôt une consultation juridique sur les procédures d'enquête et sur toute question de fond, une aide en vue de la préparation de la divulgation, et finalement, un conseil sur ce que devraient être la portée et l'enjeu d'une poursuite réussie.

D. Un avis de la Couronne préalable à l'accusation joue-t-il un rôle dans la poursuite après le dépôt des accusations?

Si la police et la Couronne adoptent la recommandation qui précède, et dans certaines affaires complexes de grande envergure elle représente la pratique actuelle, alors d'importantes questions se posent quant à savoir qui devrait intenter toute poursuite ultérieure. Et surtout, après qu'une accusation a été portée, l'avocat de la Couronne qui a participé pleinement à l'affaire aux étapes de l'enquête devrait-il être autorisé à décider s'il faut continuer la poursuite?

Comme dans le cas de la police, le rôle du procureur de décider s'il doit poursuivre est fondé sur des préceptes constitutionnels de longue date. La Cour suprême du Canada, dans son récent jugement unanime dans l'affaire *Krieger*, a conclu que « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement » entre autres « la prise d'une décision sans appel quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites » et que ces pouvoirs indépendants du procureur sont protégés de toute ingérence extérieure par « le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution[33] ». À ce sujet, la Cour a approuvé la décision du juge Binnie dans l'affaire *Regan* où il a décrit le rôle indépendant du procureur dans les termes suivants[34] :

---

[33] *Krieger et al c. Law Society of Alberta* (2002), 168 C.C.C. (3d) 97, p. 110-111 et 114-115 (C.S.C.).

[34] *Ibid.*, p. 110, a approuvé la décision dans l'affaire *R. c. Regan*, supra, note 30, p. 157-158. Le jugement majoritaire prononcé par le juge le LeBel dans l'affaire *Regan* n'était pas en désaccord avec la question de droit du juge Binnie concernant l'importance de « l'objectivité et l'indépendance ». De fait, le juge LeBel a déclaré à la page 128 que les deux « parties reconnaissent en l'espèce que l'objectivité du ministère public et la séparation entre les fonctions du ministère public et celles de la police sont des éléments du processus judiciaire qu'il faut protéger ». Le juge LeBel conclut à la p. 149 qu'en vertu des « principes d'équité et de justice fondamentale, la

> Le devoir d'un procureur de la Couronne de s'acquitter de ses obligations d'objectivité et d'indépendance de « représentant de la justice » est tout aussi fondamental. Il constitue, pour le citoyen, une protection essentielle contre l'exercice parfois excessif et mal fondé du pouvoir de l'État. C'est l'un des mécanismes les plus importants de freins et contrepoids de notre système de justice pénale et il satisfait aisément au critère énoncé [comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7].

Le *Rapport Martin* explique pourquoi il est nécessaire que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne, au moment de décider d'engager une poursuite, soit indépendant de l'enquête policière[35] :

> [TRADUCTION]
> L'indépendance mutuelle du procureur de la Couronne et de la police comporte de nombreux avantages. Comme nous le verrons plus longuement ci-après, la séparation des pouvoirs d'enquête et de poursuite de l'État constitue une importante garantie contre l'abus de l'un et de l'autre. En établissant un niveau de contrôle indépendant entre l'enquête et toute poursuite susceptible de s'ensuivre, une telle séparation des pouvoirs permet aussi de faire en sorte que les enquêtes comme les poursuites sont effectuées de façon plus complète et partant, plus équitable.
>
> [...] il faut reconnaître comme il se doit l'indépendance du procureur général, et donc de ses représentants, au moment de décider si une poursuite est dans l'intérêt public et, par conséquent, devrait être engagée, en raison de son rôle important dans la prévention de mauvais usage du pouvoir du gouvernement, et en raison de l'importance de s'assurer que l'on n'engage pas de poursuites fondamentalement mal fondées.

Comment faut-il appliquer ces importants principes dans le monde moderne où il existe une collaboration beaucoup plus étroite entre la police et la Couronne aux étapes de l'enquête d'une affaire? Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'énoncer une règle constituant une ligne de

---

Couronne assume, envers l'accusé, une obligation d'objectivité dans sa décision d'engager des poursuites ». Par conséquent, la Cour était unanime quant à l'obligation constitutionnelle d'objectivité et d'indépendance de la Couronne qui rend nécessaire un certain degré de séparation entre les fonctions de la Couronne et celles de la police.

[35] *Supra*, note 24, p. 37-39 et 113-120.

démarcation très nette permettant d'indiquer quel degré exact de participation de la Couronne à l'étape de l'enquête compromettrait irrémédiablement l'importante obligation constitutionnelle de décider objectivement s'il faut engager une poursuite. Ce sera toujours une question de degré. Par exemple, l'avocat de la Couronne d'une juridiction moins importante, qui ne donne que des opinions juridiques sur un mandat de perquisition ou un dispositif d'écoute clandestine ou une autre technique d'enquête, conserverait une indépendance suffisante pour vérifier les chefs d'accusation à la fin de l'enquête policière[36]. Par contre, l'avocat de la Couronne d'une affaire complexe de grande envergure, travaillant en milieu urbain dans un grand bureau comme le « Groupe d'intervention contre les bandes criminalisées et les armes à feu » où la police et la Couronne se rencontrent régulièrement et conviennent de la portée, de l'objet et de la thèse d'une affaire, et collaborent étroitement à la préparation du dossier de divulgation de la preuve, le tout dans le but de mettre au point une poursuite susceptible de réussir, ne répondrait probablement pas à l'exigence de l'arrêt *Regan* quant à « l'objectivité du ministère public et la séparation entre les fonctions du ministère public et celles de la police »[37].

Toutes les parties que nous avons consultées ont reconnu que dans un cas comme le dernier exemple ci-dessus, constitue pour le moins une « pratique exemplaire » le fait d'assigner un nouveau procureur pour mener toute poursuite et décider de façon autonome s'il faut entreprendre la poursuite et qui elle doit viser. À l'heure actuelle, les bureaux bien pourvus comme le « Groupe d'intervention contre les bandes criminalisées et les armes à feu » de Toronto suivent cette « pratique exemplaire » et ont jugé qu'elle fonctionnait bien. Nous

---

[36] La jurisprudence citée à *supra*, note 30, semblerait trancher cette question.

[37] *Supra*, note 34. À ce sujet, voir, *R. c. Trang*, [2002] 7 W.W.R. 157 (B.R. Alb.) où le tribunal a rejeté une motion préalable au procès visant à retirer la procureure de la Couronne d'une poursuite où elle avait travaillé étroitement avec l'équipe d'enquête aux étapes antérieures à l'accusation. Le tribunal a souligné (paragr. 72) qu'au cours de l'enquête la procureure de la Couronne [TRADUCTION] « avait donné des avis juridiques, obtenu des ordonnances judiciaires, et travaillé avec la police à la préparation de la divulgation de la preuve », tout en travaillant quotidiennement dans les mêmes locaux de la police que les enquêteurs. Toutes ces fonctions ont rapport à des aspects traditionnels relatifs aux conseils du procureur de la Couronne. Le tribunal a également souligné (paragr. 71) que la procureure de la Couronne ne s'est pas mêlée des fonctions d'enquête de la police et n'avait « apporté aucune contribution à la façon dont l'enquête serait menée ou sur les personnes qu'elle devrait cibler ». Dans certaines causes importantes en Ontario, à la différence de *Trang*, nous comprenons que le procureur de la Couronne conseille effectivement la police quant à la « manière » dont une enquête devrait être menée, et « qui elle devrait viser », le tout en vue de mettre en place une poursuite réalisable et susceptible de réussir. Nous reconnaissons que ces conseils sont utiles, et nous les appuyons, mais ils pourraient sans doute compromettre l'objectivité du procureur de la Couronne au moment de décider finalement s'il faut engager une poursuite.

estimons que cette approche est la bonne pour une cause importante où l'avocat de la Couronne a participé activement aux étapes de l'enquête décrites ci-dessus.

Cependant, cela ne signifie pas que le procureur de la Couronne qui a donné un avis préalable à l'accusation ne peut participer d'aucune façon aux étapes postérieures à l'accusation. Cette façon de faire causerait des retards et serait à la fois peu judicieuse et irréaliste. Le procureur de la Couronne qui a donné un avis préalable à l'accusation connaîtra déjà bien l'affaire et, par conséquent, la tenue de l'enquête sur le cautionnement, le fait de s'assurer que le dossier de divulgation de la preuve est monté en temps voulu, la dispense continuelle de conseils à l'équipe de poursuite et l'appui au procureur principal de diverses manières sont toutes des fonctions pouvant être assumées en bonne et due forme et efficacement à l'étape postérieure au dépôt des accusations. Ce qui compte, c'est que les principaux pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuite, comme ceux qui sont énumérés à l'arrêt *Krieger*, soient exercés par un nouveau procureur de la Couronne indépendant. De cette manière, la Couronne remplira ses obligations constitutionnelles et sera protégée contre toute apparence d'allégeance aveugle à l'enquête de la police.

Nous reconnaissons que notre recommandation sur ce point peut avoir des répercussions sur les ressources de bureaux moins importants, dans les cas où il n'y aurait de disponibles qu'un ou deux procureurs de la Couronne ayant la compétence et l'expérience suffisantes pour, à la fois, conseiller la police pendant l'enquête d'une cause longue et complexe, et diriger toute poursuite subséquente. À cet égard, nous soulignons les opinions exprimées dans le *Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires*[38] du Comité fédéral-provincial-territorial des chefs des poursuites pénales :

> À l'exception possible des « mégas-procès », il est recommandé que toutes les administrations envisagent d'adopter la « pratique exemplaire » qui consiste à faire en sorte que le procureur de la Couronne en charge d'une affaire soit différent de celui qui a fourni les conseils relatifs à la mise en accusation. Il faut toutefois que cette recommandation tienne compte des réalités de certains services de poursuite, où, parfois, on ne compte qu'un seul procureur pour une vaste région géographique. Dans certaines collectivités, il est possible qu'un seul procureur de la Couronne s'occupe d'un grand nombre de dossiers

[38] Accessible en ligne : http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/pmj-pej/p4.html.

> « ordinaires », et qu'il soit le seul point de contact avec le service de police local. Cette situation peut créer un lien étroit entre la Couronne et le service de police, et donc une certaine réticence à exprimer son désaccord. Dans de tels cas, il faudrait toujours pouvoir compter sur l'avis d'une autre personne ainsi que sur la supervision d'un avocat de la Couronne supérieur ou régional.

Recommandation n° 2 :

La décision de poursuivre ne doit pas être prise par les procureurs de la Couronne qui ont collaboré étroitement et de façon importante avec la police aux étapes de l'enquête. Cette importante décision doit revenir à un nouveau procureur indépendant. Une telle approche n'empêche pas le procureur de la Couronne ayant donné un avis préalable à l'accusation de jouer d'autres rôles après le dépôt d'une accusation, comme ceux de mener l'enquête sur le cautionnement, de procéder à la divulgation de la preuve ou de fournir constamment conseils et assistance dans toute poursuite.

E. Communication électronique de la preuve sous une forme type intégrale

Nous avons déjà décrit précédemment le problème posé par les pratiques incohérentes de divulgation entre les différents corps de police, les différents bureaux des procureurs et les différentes causes. La solution à ce problème n'exige pas nécessairement une communication électronique de la preuve. Il faudrait simplement émettre une directive conforme à l'alinéa 3(2)*j*) de la *Loi sur les services policiers* décrivant un modèle structuré et complet pour le dossier de la Couronne. Il pourrait s'agir d'un dossier papier ou électronique. L'important est qu'il demeure cohérent et complet dans toutes les causes et toutes les juridictions de la province. Pour être complet, il doit correspondre à la norme de pertinence « fort peu élevée » énoncée à l'arrêt *Stinchcombe* en reprenant tous les documents relatifs à l'enquête. Un sommaire de ces documents a déjà été présenté à la section B du présent chapitre. Ceci mettrait fin aux actuelles pertes de temps causées par les motions de suivi présentées par la défense pour obtenir les documents de l'enquête qui sont habituellement exclus de la communication initiale de la preuve par certains corps policiers ou bureaux de procureurs, ou qui sont laissés de côté dans certains cas particuliers.

Bien que la communication électronique de la preuve ne constitue pas *nécessairement* une solution au problème des pratiques incohérentes de divulgation, elle s'avère un outil très pratique pour aider à résoudre le problème. La norme « fort peu élevée » de l'arrêt *Stinchcombe* couvre une vaste gamme de documents relatifs à l'enquête, dont une bonne partie finira par s'avérer complètement inutile ou d'« importance secondaire par rapport aux questions fondamentales en litige », comme l'affirme le juge Cory dans l'arrêt *Dixon*[39]. Dès lors, dans un « mégaprocès », la taille même ou la quantité des documents qu'il faut divulguer peut s'avérer intimidante. Obliger les agents de police à photocopier tous ces documents est un procédé lent, coûteux, et qui leur fait perdre leur temps. La communication par voie électronique est un moyen beaucoup plus rapide, plus simple et moins coûteux de s'assurer que la communication initiale de la preuve est complète dans ces affaires complexes de grande importance.

Des difficultés sont apparues très tôt lorsqu'on a instauré la communication électronique de la preuve. De nombreux avocats n'avaient pas les compétences nécessaires pour y accéder et, ce qui est encore plus important, la technologie n'était pas au point[40]. En dépit de ces difficultés techniques survenues dans certaines des premières causes, les tribunaux ont semblé accepter sans difficulté le principe voulant que l'on puisse remplir les obligations de divulgation sous forme électronique. Le défi consistait simplement à trouver un modèle complet que l'on puisse facilement interroger et qui rende les données [TRADUCTION] « raisonnablement accessibles »[41]. En principe, il est logique que l'on puisse faire la divulgation par voie électronique. Dans *Blencowe*, le juge Watt, tel était alors son titre, expose de manière concise l'argument sur ce point en déclarant : [TRADUCTION] « ce que la constitution exige, c'est la divulgation de la preuve de la poursuite. Elle n'insiste pas sur une forme particulière de divulgation en tant que principe constitutionnel » (*souligné dans l'original*)[42]. De nombreuses propositions de réforme du droit souscrivaient à la

---

[39] *Supra*, note 23.

[40] *R. c. Jarvie* [2003] O.J. N° 5570 (C.S.J. Ont.) et *R. c. Hallstone Products Ltd. et al* (1999), 140 C.C.C. (3d) 145 (C.S.J. Ont.) constituent de bons exemples des ces difficultés éprouvées au début avec une divulgation par voie électronique à la fois incomplète et inefficace.

[41] *R. c. Blencowe* (1997), 118 C.C.C. (3d) 529, p. 534-535 (O.C.-G.D.); *R. c. Therrien* [2005] B.C.S.C. 592; *R. c. Borges* [2005] O.J. N° 4137 (C.S.J. Ont.).

[42] *Ibid.*, p. 539. Le *Rapport Martin* a formulé la même observation (*supra*, note 24, p. 191 192) :

> [TRADUCTION] « Alors que le Comité admet qu'en pratique la divulgation sera dans la plupart des cas réalisée par écrit, il n'existe d'après lui aucune obligation

communication électronique de la preuve, pour les raisons pratiques énoncées précédemment, mais ont insisté sur la nécessité qu'elle comprenne un « moteur de recherche convivial »[43]. Des décisions récentes semblent accepter de plus en plus la communication électronique de la preuve, pourvu que les dossiers électroniques soient bien organisés, complets et faciles à interroger[44], et des motions présentées par la défense pour en obtenir des copies papier ont été rejetées.

Les observations que nous avons reçues de hauts gradés des polices fédérale, provinciale et municipale, de procureurs de la Couronne provinciale ou fédérale et d'avocats de la défense nous informaient toutes du fait que les problèmes techniques du passé étaient maintenant surmontés. Les participants à notre examen ont unanimement vanté le modèle électronique de « gestion des causes importantes », avec ses 52 chemises de classement systématique et son logiciel de recherche standard Adobe 8, comme étant la solution à nos difficultés passées de divulgation par voie électronique. Nous avons assisté à une démonstration de son fonctionnement et souscrivons aux observations que nous avons reçues. Ce modèle comprend un index, un condensé de la thèse de la Couronne, la transcription des enregistrements d'interrogatoires pertinents et d'interceptions pertinentes, ainsi que les « fichiers sonores » de toutes les entrevues et interceptions enregistrées. Les notes et documents générés par l'enquête de la police sont tous numérisés dans les chemises de classement appropriées, et ce dossier d'enquête et de divulgation de la preuve est constitué au fur et à mesure que l'enquête progresse. Dans la mesure où les services de police pourront accepter d'utiliser des blocs-notes électroniques, il ne sera plus nécessaire de numériser les notes et leur lisibilité ne posera plus de problèmes.

Le dossier électronique de l'enquête est emmagasiné sur un disque dur externe et, après révision appropriée, on fait une copie de ce disque dur externe pour le communiquer à la défense. Tandis que l'enquête se poursuit, après l'accusation, il est possible d'ajouter de

---

constitutionnelle absolue de procéder ainsi à la divulgation. À titre d'exigence constitutionnelle, la "divulgation" conserve sa signification évidente et usuelle : elle n'est pas nécessairement synonyme de fournir des copies. »

[43] *Supra*, note 6. En plus de ces rapports publics, le ministère de la Justice a publié en novembre 2004 un document de consultation intitulé « Réforme visant la divulgation » dans le but d'obtenir des commentaires sur une proposition de créer une présomption légale préconisant la divulgation par voie électronique. En ligne : http://justice.gc.ca/fra/nouv-news/fi-fs/2004/doc_31136.html

[44] *R. c. Greer et al.*, [2006] B.C.S.C. 1894; *R. c. Piaskowski et al.*, [2007] 5 W.W.R. 323 (B.R. Man.).

nouveaux éléments d'enquête aux chemises de classement appropriées, et on peut alors produire de nouveaux disques durs et les communiquer à la défense. Accessoirement, si les documents additionnels sont peu volumineux, comme des rapports d'autopsie ou des rapports du Centre des sciences judiciaires, ils pourront être communiqués sur papier au moment de leur réception par la Couronne.

L'élaboration de cette forme de communication électronique de la preuve est un bel exemple de réussite, dans un domaine où, en général les bonnes nouvelles se font plutôt rares. Les membres de la police et les procureurs qui ont élaboré le modèle de « gestion des causes importantes » méritent beaucoup de reconnaissance et nous leur adressons toutes nos félicitations[45].

Bien entendu, comme pour tous les progrès technologiques, nous sommes convaincus que le logiciel de recherche Adobe 8 sera à la longue supplanté par quelque chose de nouveau et de meilleur. Pour l'instant, nous avons un modèle pleinement fonctionnel qui devrait être prescrit et mis en œuvre dans l'ensemble de la province pour tous les dossiers importants. Lorsqu'un meilleur modèle apparaîtra, on pourra émettre une nouvelle directive pour remplacer l'ancien.

Si l'on accepte notre recommandation, et que le modèle normalisé de divulgation par voie électronique fondée sur la « gestion des causes importantes » devient la norme des affaires de grande envergure, ce changement aura des répercussions pour le barreau. Nous ne croyons pas que de nos jours, un avocat responsable persisterait à refuser une divulgation sous cette forme. Dans tous les cas, nous souscrivons à l'opinion suivante du juge Sinclair dans l'affaire *Piaskowski*[46] :

---

[45] La motivation à élaborer un dossier d'enquête normalisée de « gestion des causes importantes » était en partie attribuable à l'examen d'enquête Bernardo menée par le juge Archie Campbell de la Cour supérieure de l'Ontario. Son rapport, publié en juin 1996, recommandait [TRADUCTION] « un système normalisé de gestion informatisée des cas » dans toutes les causes importantes « qui ont le potentiel nécessaire pour exiger une enquête interjuridictionnelle ». Il a aussi recommandé « des procédures normalisées de gestion des causes... du type décrit au manuel de gestion des causes importantes élaboré par le Collège canadien de police » et « l'approbation rapide d'un seul système uniforme de gestion informatisée des cas à utilisation obligatoire dans toutes les enquêtes portant sur des prédateurs en série ». L'objectif des pratiques normalisées recommandées par le juge Campbell était de faciliter la collaboration entre les corps policiers dans les enquêtes qui touchent plusieurs juridictions. Cependant, il a aussi poursuivi l'élaboration d'un dossier type détaillé de divulgation de la preuve : Ontario, *Bernardo Investigation Review : Rapport du juge Archie Campbell*, Toronto, ministère du Solliciteur général et des Services correctionnels, 1996, p. 338-347.

[46] *Op. cit.*, paragr. 57.

> [TRADUCTION]
> Il m'apparaît que de nos jours, pour la pratique du droit, l'utilisation d'un ordinateur constitue une exigence au même titre que le téléphone ou le photocopieur. Il constitue assurément aujourd'hui un outil de travail que l'on peut raisonnablement s'attendre de voir l'avocat posséder et utiliser. Je suppose que l'on pourrait alléguer, que, de nos jours, pour une pratique adéquate et efficace du droit, l'ordinateur est devenu une nécessité. Je suis toutefois d'avis que, s'il ne constitue pas une nécessité, son absence constitue pour cette pratique adéquate et efficace une limite et une restriction inutiles. Si un avocat désire ainsi se limiter, c'est son choix; mais ce choix ne doit pas limiter l'avocat adverse, même s'il est procureur de la Couronne, surtout dans le cas d'un dossier complexe et volumineux, que ce soit en matière criminelle ou civile.

Sur la foi de nos consultations, nous nous attendons à ce que la magistrature de l'Ontario partage ce point de vue. Si la police et la Couronne investissent dans un moyen de divulgation par voie électronique qui est accessible et de portée générale, ils ne doivent pas être confrontés aux dépenses et aux délais additionnels encourus par la photocopie des mémoires sur papier émanant de la défense.

Il peut arriver que des avocats préfèrent travailler à partir de copies papier, surtout au moment de la préparation du procès et lors de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire des témoins au tribunal. La communication électronique de la preuve permet à l'avocat de choisir et d'imprimer les documents précis dont il a besoin dans son mémoire et d'apporter au tribunal cet ensemble de documents sélectionnés. Il faut se souvenir que le dossier de divulgation de la preuve englobe un vaste éventail de documents, dont la plupart ne seront jamais utilisés par les avocats au procès. Le mémoire est un élément complètement distinct qui apparaît seulement comme le « produit du travail » de l'avocat. À ce sujet, nous souscrivons à l'opinion du juge Powers dans l'affaire *Greer*[47] :

> [TRADUCTION]
> Dans l'affaire *Therrien*, les tribunaux ont reconnu que les avocats impriment souvent, sinon invariablement, des copies de certains éléments de la divulgation émis par voie électronique. Le tribunal a admis que cela est souvent nécessaire pour répondre aux besoins et préférences particuliers de l'avocat. Cependant, le tribunal a précisé que, s'il peut s'avérer nécessaire

[47] *Supra*, note 44, paragr. 31-32.

> de faire des copies papier de certains documents électroniques, mais en règle générale pas tous, cela ne veut pas dire que la divulgation sous cette forme est insuffisante pour remplir les obligations constitutionnelles en matière de divulgation qui incombent à la Couronne en vertu de la common law.
>
> Si l'accusé ou l'avocat demande une copie papier d'un des documents se trouvant sur le disque dur, hormis les parties vidéo ou audio, on n'a qu'à l'imprimer à partir du disque dur. Cette façon de procéder est beaucoup plus logique que la possession de masses de papier dont nul ne se servira peut-être jamais. Elle peut s'avérer la solution pour l'avocat de la défense qui n'est pas en mesure d'apprendre à dactylographier et qui a besoin d'une copie papier pour prendre des notes.

Notre mandat visait seulement la cause longue et complexe, et non pas toutes les affaires courantes qui constituent la grande majorité des poursuites criminelles. Toutefois, nous ne pouvons quitter le présent sujet sans souligner le fait que nous avons reçu un excellent exposé de la part du Projet d'optimisation du système de justice du ministère du Procureur général. L'une des importantes initiatives de ce projet est la création d'un mémoire normalisé et détaillé pour tous les différents types de poursuites intentées en vertu du *Code criminel*. Un comité constitué de procureurs d'expérience provenant de toute la province a travaillé de manière très fouillée sur ce projet pendant un certain nombre d'années et a maintenant terminé son travail. Dans l'hypothèse où le ministère approuverait ce travail, celui-ci ne pourra être mis en œuvre qu'au moyen de la collaboration entre le ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels (MSCSC) et l'Association des chefs de police de l'Ontario. Nous préconisons l'adoption de pratiques normalisées de divulgation du dossier de la Couronne, dans les affaires courantes, à titre de juste équivalent à l'adoption du mémoire de gestion des causes importantes dans les affaires vastes et complexes.

Finalement, nous remarquons que l'adoption de la communication électronique de la preuve dans les causes longues et complexes aura des effets déterminants pour les autorités correctionnelles. Il faudra trouver du temps, de l'espace et des équipements pour donner aux accusés en détention l'occasion d'examiner la divulgation, avec et sans avocat. Par contre, la divulgation au moyen d'un disque dur externe signifie que les autorités correctionnelles pourront se limiter à fournir un ordinateur. La Couronne pourrait remettre le disque dur externe à la défense, qui à son tour le confierait à la prison. La défense pourrait le récupérer à

tout moment si le cautionnement était accordé à un moment donné. Le MSCSC nous a laissé savoir qu'il reconnaît l'importance de la divulgation et qu'il s'occupera d'arranger l'accès à la divulgation par voie électronique. On nous informe qu'à ce jour il a satisfait toutes les demandes concernant la communication électronique de la preuve.

La communication électronique de la preuve peut également avoir des retombées pour les tribunaux. Dans la mesure où les avocats sont à l'aise de travailler avec des pièces électroniques, et dans la mesure où les tribunaux sont équipés pour accueillir et projeter des preuves électroniques, cette amélioration permettrait d'accélérer de beaucoup le processus de dépôt des éléments de preuve au procès, et surtout lors des procès devant jury. Bien entendu, il faudrait que le juge soit muni d'un logiciel qui lui permette de rechercher et d'extraire les pièces électroniques. Cette méthode serait particulièrement utile dans les dossiers complexes en matière de crime commercial comportant des nombres élevés de pièces documentaires. À l'heure actuelle, très peu de salles d'audience en Ontario sont en mesure de mener un procès géré et présenté par voie électronique.

Recommandation n° 3 :

Il faudrait émettre, sous le régime de la *Loi sur les services policiers*, une directive selon laquelle le modèle de divulgation par voie électronique de la « gestion des causes importantes », doté du logiciel de recherche Adobe 8, constituerait la norme pour le dossier de la Couronne dans les causes longues et complexes.

F. Vérification, transcription et paiement de la divulgation

1. Introduction

Il persiste, en matière de divulgation, un certain nombre de problèmes pratiques qui sont, d'une certaine façon, demeurés irrésolus au cours des 15 années écoulées depuis la publication du *Rapport Martin*. Nous aimerions examiner brièvement trois de ces problèmes : premièrement, qui est chargé de vérifier ou de réviser le dossier de divulgation de la preuve; deuxièmement, qui devrait transcrire les enregistrements d'interceptions et d'interrogatoires pertinents; et troisièmement, qui devrait assumer les frais de la divulgation.

Nous pouvons nous contenter d'une brève analyse de ces trois problèmes parce que nous estimons qu'ils ont été et seront en grande partie résolus, dans le contexte de la cause longue et complexe, par l'adoption de nos propositions énoncées précédemment dans les Recommandations n° 1 et 3. Par cette brève analyse, nous ne voulons pas en minimiser la portée, étant donné que, pour accélérer le processus de divulgation, il sera important de résoudre ces trois problèmes. Néanmoins, il nous semble que les participants à notre examen sont tous d'accord avec la résolution que nous proposons. Nos recommandations sur ces aspects découlent naturellement d'un système de collaboration étroite entre la police et la Couronne à l'étape antérieure au dépôt d'accusations et d'une communication électronique de la preuve faite selon le modèle de « gestion des causes importantes ».

2. Qui est chargé de vérifier ou de réviser le dossier de divulgation de la preuve?

Le problème de vérification ou de révision du dossier de divulgation de la preuve résulte de l'arrêt *Stinchcombe*[48]. Dans cette affaire, le tribunal a conclu qu'il est possible de refuser complètement la divulgation pour deux motifs – la pertinence et le privilège – et d'y surseoir pour deux autres motifs – la sécurité des témoins et une enquête en cours. Par conséquent, il existe quatre domaines potentiels de vérification ou de révision dont il faut tenir compte avant de procéder à la divulgation initiale de la preuve à la défense.

En tant que simple question de bon sens, nous estimons que les quatre domaines de révision relèvent de la responsabilité conjointe de la police et de la Couronne. C'est la police qui saura le mieux discerner quels renseignements permettent d'identifier une source confidentielle, de compromettre une enquête en cours, de révéler une technique secrète d'enquête de la police; quels sont les témoins qui ont des craintes légitimes pour leur sécurité; et quels éléments susceptibles d'identifier les personnes pourraient révéler le lieu où se trouve un témoin. Il est essentiel que la police se penche sur ces questions et qu'elle conseille la Couronne sur ce qu'il faudrait réviser. Par conséquent, avant de procéder à la divulgation, nous recommandons que la police procède à une première révision du dossier de divulgation de la preuve et qu'elle mette en évidence sur écran, en les ombrant ou en les surlignant, les parties du dossier qu'elle juge devoir retenir ou différer. Évidemment, cette tâche peut être

[48] *Supra*, note 21.

accomplie de façon continue, au fur et à mesure de la constitution du dossier électronique. Elle ne devrait pas causer une charge importante de travail additionnel. Cependant, les décisions définitives quant à la révision de la divulgation sont de nature juridique et relèvent de la Couronne, conformément à la loi. L'arrêt *Stinchcombe* l'énonce clairement, de sorte que la Couronne doit examiner les propositions de la police quant à la révision, et ensuite prendre des décisions définitives. En particulier, après avoir pris conseil de la police sur les éléments factuels, la Couronne sera la mieux placée pour discerner la façon d'appliquer les critères de pertinence, de privilège et de sécurité des témoins.

Lorsque nous avons suggéré cette approche conjointe et pragmatique de la révision du dossier de divulgation de la preuve, tous les participants étaient d'accord et cela n'a fait l'objet d'aucune controverse. Lorsque la police et la Couronne collaborent et unissent leurs efforts, comme c'est maintenant le cas dans de nombreuses affaires complexes de grande envergure, ce type de travail de révision en équipe est accepté et fonctionne bien. En outre, lorsqu'on dispose d'outils de révision électroniques, les pertes de temps et d'argent engendrées pour noircir et photocopier le dossier révisé ne constituent plus un problème[49].

Une fois que la révision a fait l'objet d'un accord, la police devrait donner deux disques durs à la Couronne : un complet et non expurgé, que la Couronne conservera comme dossier original, et l'autre expurgé pour divulgation à la défense. Si la police et la Couronne collaborent comme nous le recommandons, une bonne partie de cette révision pourra être faite à l'étape antérieure au dépôt d'accusations, de façon à pouvoir éviter les retards postérieurs à ce dépôt. Il faudrait coder dans la marge toute révision du dossier de divulgation afin que la défense connaisse le fondement de chaque révision aussitôt qu'elle reçoit la communication initiale de la preuve. De cette façon, il n'y aura pas de retards causés par les motions en suivi présentées par la défense pour connaître les fondements de la révision.

---

[49] La Politique du Guide du Service fédéral des poursuites sur la *Gestion des mégaprocès*, *supra*, note 31, donne une bonne illustration de cette approche moderne de la divulgation réalisée en collaboration :

> « La façon la plus efficace, pour un procureur de la Couronne, de respecter son obligation déontologique de communiquer tous les éléments de preuve consiste à participer à l'enquête dès le début et pendant toute sa durée. Encore plus que toute autre question, celle de la préparation des documents à communiquer nécessite une collaboration intensive entre le procureur de la Couronne et l'organisme d'enquête, de sorte que cette responsabilité devrait être perçue comme une responsabilité conjointe. »

Recommandation n° 4 :

La vérification et la révision du dossier de divulgation de la preuve relèvent d'une responsabilité conjointe de la police et de la Couronne. La police devrait procéder à une révision initiale du dossier, en ombrant ou en surlignant sur écran les révisions proposées, et la Couronne devrait ensuite examiner le dossier et prendre les décisions définitives. La police fournira ensuite à la Couronne un dossier original non révisé et un dossier de divulgation comportant les révisions. Il faudrait codifier chaque révision dans les marges pour en expliquer les fondements de la défense. Autant que possible, il faudrait que cette méthode de révision réalisée en collaboration ait lieu à l'étape antérieure au dépôt d'accusations de l'affaire.

3. Qui devrait transcrire les interceptions et interrogatoires pertinents enregistrés?

L'enregistrement vidéo et audio des entrevues de témoins est maintenant très répandu, surtout pour les affaires importantes. Il s'agit d'un progrès appréciable puisqu'il permet de conserver un compte-rendu exact des déclarations du témoin et qu'il augmente la probabilité que la déclaration soit utilisée comme ouï-dire au procès[50]. Cependant, il est difficile pour l'avocat de la Couronne et celui de la défense d'examiner rapidement une déclaration enregistrée sur bande, et il est encore plus compliqué de s'en servir devant le tribunal pour interroger ou contre-interroger un témoin, ou pour se rafraîchir la mémoire. Il est particulièrement difficile d'appliquer les procédures complexes des articles 9, 10 et 11 de la *Loi sur la preuve* en l'absence de transcription, et les tentatives de contre-interrogatoire à l'aide d'un enregistrement audio ou vidéo font perdre beaucoup de temps aux tribunaux. De plus, cette situation donne lieu à de très médiocres dossiers de révision en appel. Par conséquent, la nécessité de transcrire les entrevues pertinentes de témoins est devenue une nouvelle source importante de frais et de retards. La question de savoir si cette transcription fait exclusivement partie de la « divulgation », lorsqu'un enregistrement magnétique de l'entrevue a déjà été communiqué, est une question technique de nature juridique sur laquelle nous n'avons pas besoin de nous pencher. La transcription des entrevues des témoins

[50] *Supra*, note 11.

importants facilite clairement la préparation de l'affaire et son éventuel règlement. Elle est bénéfique à l'administration de la justice, qu'elle soit ou non exigée par la loi.

En outre, de nombreuses affaires complexes de grande envergure mettent en jeu des dispositifs d'écoute clandestine. L'article 189 du *Code criminel* exige qu'« une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement » soit signifiée à l'accusé avant le procès, avec un avis et un calendrier indiquant les interceptions. Il ne s'agit pas seulement d'une exigence de divulgation; ceci constitue également un outil criminalistique très utile au procès, selon lequel les transcriptions peuvent être déposées comme pièces et remises au juge des faits, à la fois pour lui permettre de suivre la conversation pendant l'audition des bandes magnétiques des interceptions et pour en faire l'examen au cours des délibérations[51]. Il est donc essentiel de transcrire les interceptions pertinentes.

Encore une fois, nous avons le plaisir d'annoncer que la difficulté de désigner la personne chargée de transcrire les interceptions et entrevues enregistrées pertinentes dans ces causes longues et complexes semble avoir été résolue. Dans les cas où la police et la Couronne collaborent à l'étape antérieure au dépôt d'accusations, comme nous le recommandons, la Couronne peut et devrait conseiller la police quant au choix des entrevues et interceptions dont l'importance pour l'affaire en justifie le temps et le coût de transcription. La police devrait alors demander à des employés civils de transcrire ces enregistrements magnétiques précis afin que les transcriptions soient incluses dans le mémoire de divulgation de la preuve. Ce serait évidemment un gaspillage de transcrire toutes les entrevues et interceptions enregistrées sur bandes magnétiques.

Cette judicieuse approche de collaboration est à l'heure actuelle appliquée de façon efficace dans de nombreuses affaires complexes de grande envergure, et nous recommandons d'en faire une application uniforme. Tout comme pour le processus de révision décrit précédemment, cette transcription des interceptions et entrevues pertinentes devrait autant que possible avoir lieu à l'étape antérieure au dépôt d'accusations afin d'éviter des retards après le dépôt d'accusations. On doit reconnaître que cette recommandation comporte des coûts pour

---

[51] *R. .c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3e) 1, p. 47-50 (C.A. Ont.); *R.c. Shayesteh* (1996), 111 C.C.C. (3e) 225, p. 248-261 (C.A. Ont.).

les services de police et qu'il faudra prévoir des allocations budgétaires suffisantes pour permettre le recrutement d'employés civils affectés à la transcription.

Recommandation n° 5 :

La police et la Couronne ont la responsabilité conjointe de transcrire les enregistrements importants et susceptibles de servir au procès, des communications privées interceptées et des entrevues de témoins. La Couronne devrait conseiller la police quant au choix des enregistrements d'interceptions et d'entrevues de témoins qui devraient faire l'objet d'une transcription, et la police devrait confier cette tâche à des employés civils. Par la suite, la police versera les transcriptions au dossier de divulgation de la preuve. Autant que possible, il faudrait que cette méthode de transcription réalisée en collaboration ait lieu à l'étape antérieure au dépôt d'accusations.

4. Qui devrait payer les frais de la divulgation?

À ce sujet, il y a peu de choses à ajouter à ce qui avait été dit il y a 15 ans dans le *Rapport Martin*. Le comité Martin, présidé par L'Honorable Arthur Martin, c.r., était constitué de 14 hauts représentants de la police, de la Couronne et de la défense, qui ont tous signé le rapport final. Le rapport analysait de façon approfondie la question de savoir qui devrait payer pour la divulgation et il a logiquement conclu qu'il s'agissait d'une responsabilité partagée entre la police et la Couronne. Il incombait à la police de communiquer à la Couronne un dossier complet pour la poursuite, et d'en assumer les coûts, et il revenait à la Couronne de communiquer à la défense un mémoire complet de divulgation de la preuve, et d'en assumer les coûts.

Il existe une mosaïque d'arrangements incohérents dans toute la province, même si en général, on paraît suivre le système du *Rapport Martin*. Encore une fois, il faut que les présentes recommandations soient incorporées à une directive de la *Loi sur les services policiers* afin qu'il ne subsiste pas d'incertitude quant aux besoins budgétaires de la police et de la Couronne, et qu'il existe un régime cohérent pour tous les services de police et tous les bureaux des procureurs de la Couronne.

La base du raisonnement du *Rapport Martin* sur cette question est la suivante, et nous l'adoptons tout simplement[52] :

> [TRADUCTION]
> Comme il a été exposé précédemment, à l'introduction du présent chapitre, le devoir de divulgation de la police envers la Couronne ne fait aucun doute. D'après le comité, ce devoir comprend la remise à la Couronne d'une copie des documents devant être divulgués, aux frais de la police. La remise d'une copie des documents pertinents à l'affaire, possiblement sous la forme d'un dossier de la Couronne, n'est qu'un aspect des responsabilités de l'agent de police quant à l'administration d'une affaire devant être présentée devant un tribunal par le procureur de la Couronne. Comme il a été exposé précédemment, les procureurs de la Couronne sont indépendants de la police en ce qui touche la direction des poursuites. Par conséquent, il est nécessaire de leur remettre un ensemble de documents suffisamment complet pour leur permettre d'accomplir, en toute indépendance de la police, les fonctions de la poursuite comme le filtrage pré-inculpation, la divulgation, la préparation du dossier et la présentation au tribunal.
> [...]
>
> Du point de vue du comité, cependant, la situation diffère quant aux copies subséquentes de documents nécessaires à la divulgation. Fondamentalement, c'est à la Couronne qu'il incombe de faire la divulgation à une personne accusée. Ce n'est pas le devoir de la police quoique, bien entendu, la Couronne ne puisse procéder à la divulgation sans la collaboration de la police. Par conséquent, le Comité estime qu'il est juste que le ministère du Procureur général défraie les coûts réels des documents nécessaires à la divulgation par laquelle le procureur de la Couronne peut remplir ses obligations envers un accusé.
>
> Dès lors, pour dire les choses simplement, la recommandation du Comité ayant trait au partage des coûts de la divulgation entre la Couronne et la police correspond exactement à leurs devoirs essentiels respectifs, et chacun assume les coûts de ses propres obligations.

Une fois de plus, nous avons le plaisir d'annoncer que les difficultés historiques dans ce domaine semblent avoir été résolues dans le contexte des affaires complexes de grande envergure. La police assume au début les coûts des disques durs externes, tant révisés que non révisés, qui sont remis à la Couronne à la fin de l'enquête. Ensuite, la Couronne paie les copies des disques durs réalisées pour la divulgation à tous les coaccusés.

---

[52] *Supra*, note 24, p. 226-229.

Cette résolution du problème est conforme au *Rapport Martin* et a sans aucun doute été facilitée par l'avènement des pratiques modernes de divulgation par voie électronique. Si les policiers complètent de manière continue le dossier sous forme électronique, au fur et à mesure que l'enquête progresse, le téléchargement de ce dossier sur un disque dur externe et sa remise à la Couronne ne représentent que des coûts additionnels minimes. Dans ces affaires complexes de grande envergure, les dépenses importantes de temps et d'argent qui étaient habituellement consacrées à la photocopie sont maintenant choses du passé.

On peut voir à quel point la Recommandation n° 3 ci-dessus a entraîné des retombées indirectes importantes, surtout en ce qui a trait au problème des coûts.

Recommandation n° 6 :

La police devrait défrayer les coûts des copies du dossier, tant révisées que non révisées, qui doivent être remises à la Couronne aux fins de la poursuite. La Couronne devrait payer pour les copies du dossier remises à tous les coaccusés aux fins de la divulgation.

G. Le moment opportun pour la divulgation

Si l'on accepte et met en œuvre les six recommandations précédentes, nous croyons qu'elles accéléreront nettement la remise du mémoire de divulgation initiale de la preuve à la défense, peu après le dépôt des accusations. Comme l'arrêt *Stinchcombe* l'énonce clairement, le fait de procéder ainsi à une divulgation hâtive n'empêche pas de poursuivre cette divulgation au fur et à mesure des progrès de l'enquête, ni lorsque la Couronne reçoit d'autres renseignements pertinents après le dépôt des accusations. D'ailleurs, l'arrêt *Stinchcombe* utilise le terme « communication initiale de la preuve » pour décrire ce qu'il faut fournir avant d'effectuer un choix, et souligne que l'obligation « de divulguer n'en demeure pas moins permanente et la communication de la preuve doit être complétée dès la réception de renseignements complémentaires »[53].

Tout en étant convaincus que les six recommandations précédentes réduiront grandement les retards causés par des pratiques de divulgation lentes et inefficaces par la

[53] *Supra*, note 21, p. 11 et 13-14.

police ou la Couronne, nous voulons conclure cette partie du chapitre en recommandant l'adoption d'objectifs d'ordre administratif pour assurer une divulgation en temps opportun. Toutes les principales études sur les retards causés aux procès ont signalé que l'un des moyens les plus efficaces pour diminuer les retards et améliorer l'efficience consiste à fixer des limites de temps pour chacune des étapes du processus judiciaire[54]. Nous savons tous par expérience personnelle que nous travaillons généralement avec diligence et efficacité lorsque nous sommes confrontés à des échéances. À défaut de toute échéance, nous remettons à plus tard ou allons vers d'autres priorités. Il n'est donc pas étonnant que les études démontrent que cette même proposition dictée par le bon sens s'applique aux causes sous-jacentes des retards dans les procès.

Dans ces conditions, pour parvenir à une communication initiale de la preuve en temps voulu, il faudrait établir des objectifs d'ordre administratif, que ce soit un délai de 35 jours ou de huit semaines pour les causes longues et complexes, ou une autre durée, mais l'important est de fixer des objectifs qui commencent à courir à compter de la date de l'accusation. Il est possible d'ajuster ces objectifs pour les causes particulièrement complexes, et bien entendu, ils n'excluent pas la divulgation continue des documents qui apparaissent par la suite. Nous recommandons que les services policiers et les bureaux des procureurs de la Couronne établissent des objectifs d'ordre administratif coordonnés et normalisés en ce qui concerne la remise du dossier à la Couronne et ensuite à la défense, et émettent des directives à cet effet. Nous comprenons que de nombreux services policiers ont déjà pris cette initiative, et les directives indiquent que la communication initiale de la preuve à la date visée constitue un important devoir de police. Bien entendu, si l'on veut que ces objectifs d'ordre administratif visant une communication initiale de la preuve dans des affaires complexes de grande envergure soient cohérents dans toute la province, comme nous croyons qu'ils devraient l'être,

---

[54] Commission de réforme du droit du Canada, *Trial Within a Reasonable Time*, Ottawa : Groupe Communication Canada, édition 1994, p. 15-23. Par exemple, l'American Bar Association (ABA) Task Force on Reduction of Litigation Cost and Delay a recommandé de mettre au point des délais supplémentaires, suivant le raisonnement que [TRADUCTION] « des objectifs clairs, ciblés, mesurables et réalisables sont d'excellent éléments de motivation ». L'alinéa 2.51c) des *Standards Relating to Trial Courts* de l'ABA met en œuvre cette recommandation en stipulant : « Les éléments essentiels dont le tribunal de première instance devrait se servir dans la gestion de ses dossiers sont : au moyen de règles, de conférences ou d'autres techniques, en fixant des échéances pour le terme des étapes importantes du litige, y compris pour l'interrogatoire préalable ». ABA Task Force, *Defeating Delay: Developing and Implementing a Court Delay Reduction Program*, Chicago, ABA, 1986, p. 13-14. En ligne : http://www.abanet.org/jd/lawyersconf/pdf/Defeating-Delay-1986.pdf ABA, Judicial Administration Division, *Standards Relating to Trial Courts* (Édition 1992), p. 79-80.

il est nécessaire que les normes soient prescrites par une directive en vertu à la fois de la *Loi sur les services policiers* et du Manuel des politiques de la Couronne, afin que les échéanciers de divulgation de la police et de la Couronne soient coordonnés.

À cet égard, nous constatons que le rapport de 1999 du comité de révision de la justice pénale recommandait que « [s]auf dans des circonstances exceptionnelles, l'accusé doive recevoir tous les renseignements pertinents à sa première comparution »[55]. Les participants au Projet d'optimisation du système de justice, du ministère du Procureur général, ont travaillé fort à mettre en œuvre cette recommandation, et nous les félicitons de leurs efforts. De façon similaire, le Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice, un comité élargi de juges doyens, de fonctionnaires du ministère de la Justice et d'avocats de la défense, établi par des ministres de la Justice, a remis en février 2006 son *Rapport final sur l'examen prioritaire des dossiers*. Parmi ses recommandations, on trouvait celles-ci : la première comparution du prévenu, après cautionnement, devrait survenir « au plus tard quatre semaines après son arrestation »; la police devrait compléter le dossier de la Couronne « dans les trois semaines suivant l'arrestation » et le lui remettre « une semaine avant la première comparution »; et qu'« à moins de circonstances exceptionnelles, le dossier soit automatiquement fourni au prévenu… lors de la première comparution [si le prévenu est inculpé mais non détenu sous garde] » et « dans les 7 à 14 jours suivant son arrestation, s'il est détenu sous garde »[56].

On peut constater l'existence d'un vaste appui en faveur du principe voulant que la divulgation se fasse dès la première comparution, après que la question du cautionnement a été tranchée. Les directives dont nous recommandons l'adoption devraient tout simplement établir une date réglementaire pour la première comparution, autant dans les affaires courantes que complexes, et stipuler que l'objectif d'ordre administratif devrait être de rendre la « communication initiale de la preuve » disponible à cette date. Il conviendrait de consulter la magistrature sur cette question, du fait que la date d'une première comparution après cautionnement est parfois fixée par la magistrature et parfois par la police, selon celui qui rend la liberté à l'accusé en détention.

---

[55] *Supra*, note 25, Recommandation n° 5.4.
[56] Recommandations n° 22 et 23, en ligne : http://www.justice.gc.ca/eng/esc-cde/ecc-epd.pdf.

Recommandation n° 7 :

Il faudrait établir des objectifs uniformes d'ordre administratif pour une communication initiale de la preuve dans les délais appropriés, au moyen d'une directive prévue sous le régime de la *Loi sur les services policiers*, et intégrer ces objectifs au Manuel des politiques de la Couronne.

H. Les solutions aux problèmes de la défense : demandes de documents extérieurs au dossier d'enquête

Un des problèmes les plus difficiles auxquels nous avons été confrontés lors de notre examen a été de trouver la meilleure façon de réagir aux motions de la défense visant à obtenir des documents extérieurs au dossier d'enquête. Nous avons déjà souligné ce problème au début du présent chapitre. Comme nous l'avons indiqué, ces motions testent les limites de la « pertinence » définie par l'arrêt *Stinchcombe*; elles peuvent également poser des problèmes de confidentialité à l'égard des tiers et aussi engendrer de longs retards et des motions complexes devant le tribunal de première instance.

Parmi les exemples classiques de ces types de motion, mentionnons : les anciens dossiers d'enquêtes criminelles concernant un témoin de la Couronne, dans le but de démontrer une conduite antérieure répréhensible qui affecte la crédibilité; d'anciens mandats exécutés par un expert de la Couronne dans d'autres causes, afin de vérifier sa compétence; les dossiers disciplinaires et personnels d'agents de police, dans le but de découvrir de possibles inconduites touchant la crédibilité; et d'autres dossiers d'enquêtes criminelles concernant divers éléments tels que les autres suspects, les motifs d'une écoute clandestine ou une allégation de profilage racial.

Nous constatons que ces types de documents ne seront généralement pas admis en preuve, étant donné qu'ils contreviennent souvent à la règle relative aux faits incidents[57]. La pertinence de l'arrêt *Stinchcombe* en ce qui touche la divulgation ne dépend pas de l'admissibilité de la preuve, si les documents peuvent servir comme fondement d'enquêtes

[57] *R. c. Rafael* (1972), 7 C.C.C. (2e) 325 (C.A. Ont.); *R. c. B (A.R.)* (1998), 128 C.C.C. (3e) 457 (C.A. Ont.); *R. c. Krause* (1986), 29 C.C.C. (3e) 385 (C.S.C.); *R. c. Ghorvei* (1999), 29 C.R. (5e) 102 (C.A. Ont.); *R. c. Beland and Phillips* (1987), 36 C.C.C. (3d) 481, p. 495 (C.S.C.).

subséquentes ou être utiles pour formuler des questions au procès[58]. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que les utilisations de ces types de documents sont généralement restreintes et qu'elles tentent de franchir les limites de pertinence de l'arrêt *Stinchcombe*. Dans plusieurs affaires, pour adopter la terminologie de l'arrêt *Dixon*, on peut les désigner comme étant « d'importance secondaire ».

Étant donné que ces demandes de documents extérieurs au dossier de l'enquête se trouvent même à la limite « inférieure » de pertinence de l'arrêt *Stinchcombe*, nous croyons qu'il incombe à la défense de préciser et d'expliquer la pertinence de telles motions. La Couronne doit fournir une divulgation complète du dossier de l'enquête, comme le prévoit la Recommandation n° 3 ci-dessus, parce que le dossier d'enquête est présumé pertinent. Les documents extérieurs à ce dossier ne sont pas présumés pertinents, à moins que la défense n'établisse l'existence d'un lien.

La distinction entre notre approche de la divulgation du dossier d'enquête, où il appartient à la Couronne de justifier la non-divulgation, et les demandes de documents provenant de sources extérieures au dossier d'enquête, dont le fardeau incombe à la défense, tire son origine de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, le document demandé contenait les déclarations d'un témoin qui faisaient clairement partie du dossier d'enquête. Selon le mot célèbre du juge Sopinka « les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas à la Couronne pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue ». C'est pourquoi il a imposé à la Couronne le fardeau de prouver l'absence de pertinence[59]. Un peu plus de trois ans plus tard, dans l'affaire *Chaplin*, la Cour tranchait la première cause où l'on tentait d'appliquer ces mêmes principes à des documents extérieurs au dossier de l'enquête. Encore une fois, le juge Sopinka a rendu le jugement unanime de la Cour et souligné à trois différentes occasions cette distinction particulière entre les deux affaires[60] :

> Il s'agit en l'espèce de déterminer les limites de l'obligation de divulgation qui incombe au ministère public dans le cadre de

---

[58] *R. c. Egger* (1993), 82 C.C.C. (3e) 193 (C.S.C.); *R. c. Carosella, supra*, note 21, p. 308-309; *R. c. Dixon, supra*, note 23, p. 17-18.
[59] *Supra*, note 21, p. 7-12.
[60] *R. c. Chaplin and Chaplin* (1995), 96 C.C.C. (3rd) 225, p. 227 et 228-237 (C.S.C.).

> poursuites pénales, selon notre arrêt *R. c. Stinchcombe*, et d'apporter des précisions concernant le volet procédural de cette obligation formulé dans cet arrêt et dans la jurisprudence subséquente. Plus particulièrement, la question est de savoir si une personne qui doit subir un procès relativement à une accusation criminelle est en droit d'apprendre si elle a été nommée comme cible principale ou secondaire dans des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun lien avec l'enquête sur ladite accusation, obtenues entre le moment où l'accusation a été portée et le début du procès [...] (*souligné par nous*)
>
> [...] Les avocats représentant les gouvernements fédéral et provincial ont fait savoir aux appelants :
>
> a) qu'il n'y avait eu aucune autorisation provinciale d'écoute électronique se rapportant à cette enquête en particulier pendant la période en question...
>
> Fait très important, le ministère public a précisé que, pendant la période en question, aucune autorisation d'écoute électronique n'avait été accordée relativement à l'enquête sur les accusations faisant l'objet du procès (*souligné par nous*).
>
> [...] Selon les principes ainsi énoncés, les accusés en l'espèce ne sont pas parvenus à établir des motifs de conclure à l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou de preuves en dérivant qui pourraient être pertinentes pour la présentation d'une défense pleine et entière.
>
> À cet égard, le fait déterminant est que le ministère public a dit qu'aucune écoute électronique n'avait été autorisée dans le cadre de l'enquête ayant abouti aux accusations, ce en quoi le présent appel diffère fondamentalement de l'affaire *Dersch*, précitée, où l'on savait qu'il y avait eu écoute électronique relativement aux accusations portées (*souligné par nous*).

À la différence de l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour a clairement imposé un fardeau à la défense dans *Chaplin*, lorsque ce qui était demandé sortait du « cadre de l'enquête ».

Certains avocats ne semblent pas comprendre que le fardeau est différent pour ces motions « d'importance secondaire ». Nous avons vu un certain nombre de cas où l'on formulait en termes vagues et sans réserve une motion pour obtenir des catégories complètes de documents. Ces motions ressemblent davantage à une liste d'épicerie qu'à une motion étudiée pour obtenir des renseignements pertinents et présentée dans des circonstances où le

fardeau est sur la défense. Dans l'affaire *R. c. Girimonte*, la Cour d'appel a traité ce type de motion. La défense voulait obtenir « tous les dossiers disciplinaires, dossiers internes de discipline, documentation provenant des dossiers personnels, toutes les données concernant les activités d'inconduite de chaque agent de police et de chaque fonctionnaire, y compris tous ceux de la police d'U.S.A.T.F ». S'exprimant pour la Cour, le juge Doherty a qualifié la motion d'abusive[61] :

> [TRADUCTION]
> Les demandes de divulgation qui ne sont rien d'autre que des « recherches à l'aveuglette » visant à tout faire sortir, sauf peut-être le proverbial évier de cuisine, compromettent la bonne foi et la candeur qui devraient régir la conduite d'un avocat. Par exemple, la demande d'un avocat pour obtenir « des documents provenant de dossiers personnels » de tous les agents de police canadiens et américains ayant participé à l'enquête ne peut être qualifiée que de frivole et abusive. Aucune personne raisonnable ne suggèrerait de remettre à la défense, au début d'une poursuite, les dossiers personnels de tous les agents police ayant participé à une enquête criminelle. Il serait évident pour quiconque que la poursuite refuserait d'obtempérer à une telle demande irréaliste. Les demandes de divulgation comme certaines de celles qui ont été présentées dans cette affaire semblent avoir été calculées de manière à créer des controverses inutiles et à gaspiller de précieuses ressources, plutôt que pour aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière.

La jurisprudence ultérieure a rejeté de la même façon les motions vagues et sans réserve visant à obtenir des documents extérieurs au dossier d'enquête, en les qualifiant de « recherches à l'aveuglette ». Ce courant jurisprudentiel impose à la défense un fardeau fondé sur l'arrêt *Chaplin*, consistant à prouver que les documents extérieurs au dossier d'enquête existent, et qu'ils pourraient servir à la défense. Comme l'énonce le juge Sopinka dans *Chaplin*, l'objectif de politique générale pour lequel ce fardeau est imposé à la défense est d'« empêcher des demandes qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires [...] Il faut en effet distinguer les recherches à l'aveuglette et la conjecture d'avec les demandes légitimes de divulgation »[62].

---

[61] (1997), 121 C.C.C. (3d) 33, p. 40-41 (C.A. Ont.).

[62] *R. c. Chaplin, supra,* note 60, p. 236; *R. c. Toms* (2003), 174 C.C.C. (3d) 87 (C.A. Ont.) condamnation annulée pour d'autres motifs, mais décision rendue au procès sur la divulgation confirmée, [2000] O.J. N°. 5612 (C.S.J.

En résumé donc, nous estimons que la bonne approche consiste à imposer à la Couronne une stricte obligation de divulguer complètement le dossier d'enquête (dans la Recommandation n°3), mais de demander à la défense de s'acquitter de son fardeau *Chaplin* en ce qui concerne les documents extérieurs au dossier d'enquête. Cela signifie, pour le moins, une motion précise expliquant les motifs de croire que les éléments extrinsèques existent et la façon dont ils peuvent venir en aide à la défense.

La Couronne doit ensuite de bonne foi faire un effort pour discuter de la motion avec l'avocat de la défense, et les deux parties doivent tenter de résoudre la question. Lors de toute discussion sur la divulgation, les deux avocats devraient garder à l'esprit l'avertissement du juge Sopinka dans l'arrêt *Stinchcombe*[63] :

> Je suis convaincu que des différends relatifs à la communication de la preuve ne surgiront que rarement du moment qu'on fait bien comprendre aux substituts du procureur général qu'ils ont l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. D'une manière générale, les substituts du procureur général au Canada se sont montrés traditionnellement très soucieux de jouer leur rôle de « ministres de la Justice » plutôt que celui d'adversaires. Compte tenu de ce fait et de l'obligation qu'ont les avocats de la défense, en leur qualité d'officiers de justice, d'agir de façon responsable, ces questions se résoudront normalement sans l'intervention du juge du procès.

Si les deux avocats se souviennent de leurs obligations comme « officiers de justice » et comme « ministres de justice », ce ne serait donc que dans des cas exceptionnels que des demandes de divulgation nécessiteraient la présentation d'une motion au tribunal. La plupart des litiges relatifs à la divulgation se prêtent à un compromis raisonnable, et les avocats des deux côtés ont le devoir d'essayer de parvenir à pareils compromis.

Ont.); *R. c. Ngo et al.* (2006), 39 C.R. (6e) 183 (B.R. Man.); *R. c. Dykstra* (2007), 76 W.C.B. (2d) 193 (C.S.J. Ont.). Dans *Chaplin*, la demande visait tout enregistrement d'écoute électronique provenant d'enquêtes sans liens; dans l'affaire *Toms*, la demande visait des dossiers d'enquête sur le travail des 21 années précédentes d'un policier banalisé; dans *Ngo*, la demande visait des dossiers concernant plus de 200 interceptions de véhicules moteurs effectuées par le policier qui avait procédé aux interceptions au cours des deux années précédentes; et dans *Dykstra*, la demande visait tous les dossiers de la police ayant trait à une enquête en matière de trafic de stupéfiants par des employés d'aéroport. Voir aussi : *R. c. Gateway Industries Ltd.* [2004] 6 W.W.R. 329 (B.R. Man.); *R. c. Chan* (2002), 50 C.R. (5e) 280 (B.R. Alb.).

[63] *Supra*, note 21, p. 12.

Même en supposant que la question ne puisse être résolue, l'avocat de la défense doit présenter par écrit au tribunal une motion formelle pour demander la divulgation. Le juge saisi des motions préalables au procès (comme nous le verrons plus loin au Chapitre 4) devrait ordonner que tous les désaccords relatifs à la divulgation soient résolus par consultation coopérative entre les parties, ou présentés rapidement au tribunal pour décision. Cette étape devrait avoir lieu longtemps avant le procès. Nous souscrivons à la pratique du Royaume-Uni, que le Lord juge en chef décrit dans le *Protocol on the Control and Management of Heavy Fraud and Other Complex Criminal Cases*[64] (protocole sur le contrôle et la gestion des fraudes massives et autres affaires criminelles complexes) :

> [TRADUCTION]
> Dès le départ, le juge devrait établir un échéancier pour résoudre les questions de divulgation. Et surtout, le juge devrait fixer une date limite à toutes les demandes de la défense visant des divulgations particulières.

Si on impose à la Couronne le fardeau de procéder à sa divulgation dans un délai prescrit, alors il faut aussi imposer à la défense le fardeau d'aviser dans un délai prescrit la Couronne de toutes ses demandes additionnelles de divulgation. L'arrêt *Stinchcombe* évoque comme devoir pour la défense de soulever la question « dès que possible »[65]. Si l'on accepte nos recommandations formulées plus loin au Chapitre 4, sur la possibilité de conférer au juge présidant la conférence préparatoire le pouvoir de statuer sur les motions en divulgation, alors l'échéance « dès que possible » correspondra exactement au moment où la cause sera confiée à ce juge. La décision récente de la Cour d'appel dans l'affaire *Toms* adopte implicitement le même point vue alors que la Cour évoque avec mépris une [TRADUCTION] « motion de dernière minute » présentée la « veille du premier jour de procès », et qui visait à « lancer la Couronne à la recherche de dossiers éparpillés dans tout le Canada sur une période de 21 ans ». Comme on pouvait s'y attendre, la Cour a confirmé la décision du juge de première instance rejetant la motion au motif qu'elle constituait « une recherche à l'aveuglette »[66].

---

[64] Le *Protocol* émanait de Lord Woolf le 22 mars 2005. En ligne : http://www.judiciary.gov.uk; S. 4 (iv).
[65] *Supra*, note 21, p. 12.
[66] *Supra*, note 62, p. 90-91. La décision de la Cour d'appel dans *R. c. Oliver and Morrison* (2005), 194 C.C.C. (3d) 92, p. 100-103 (C.A. Ont.) est également importante relativement à cette question. La Cour a conclu que le juge de première instance avait le droit de fixer un échéancier à l'exécution de toutes les motions préliminaires et de refuser d'ajourner le procès pour que l'avocat puisse présenter une motion tardive.

L'approche décrite ci-dessus, voulant que le juge assigné à la phase préparatoire au procès établisse un calendrier et tranche à un stade précoce toutes les motions de divulgation de la défense, devrait mettre fin au phénomène des motions en divulgation qui traînent pendant des années. Le fait de permettre que des litiges sur la divulgation demeurent en suspens pendant de longues périodes de temps, jusqu'au procès, ouvre la porte à des ajournements et à des retards. Encore une fois, l'expérience du Royaume-Uni sur cet aspect est instructive, alors que la Cour d'appel a récemment émis un protocole de divulgation qui stipule ce qui suit[67] :

> [TRADUCTION]
> Il existe des preuves très claires qu'en l'absence de gestion et de contrôle judiciaire actifs le règlement des problèmes de divulgation... peut causer des retards et des ajournements. L'omission de respecter pleinement les obligations de divulgation, que ce soit par la poursuite ou la défense, peut perturber et même dans certains cas, entraver le cours de la justice... et miner le fonctionnement et l'efficacité du système de justice pénale... Dans le cadre de l'établissement des horaires, le juge devrait fixer une date limite pour la présentation de toutes les demandes et exiger que la défense indique, avant la date butoir des demandes particulières de divulgation, les documents dont elle a besoin et leur source.

Il faudrait souligner que les motions de divulgation de la défense peuvent causer des retards, et pas seulement lorsqu'elles sont présentées à la dernière minute, peu avant le procès. Elles deviennent aussi une source de retard si le tribunal refuse de fixer une date, que ce soit pour une enquête préliminaire ou le procès, aussi longtemps que certaines motions en divulgation demeurent irrésolues. La section G du présent chapitre a déjà évoqué le respect des délais de la divulgation par la Couronne. Elle souligne que l'arrêt *Stinchcombe* exige que la « communication initiale de la preuve » ait lieu avant que l'accusé ne soit appelé à exercer ses choix. Il n'a jamais été établi en droit qu'une divulgation pleine et entière doive se retrouver aux mains d'un avocat avant qu'il puisse y avoir un choix et une date fixée pour l'enquête préliminaire ou le procès. C'est seulement dans les cas où certains éléments essentiels de la preuve de la Couronne n'ont pas été divulgués, et que leur importance est telle

---

[67] *Disclosure: A Protocol for the Control and Management of Unused Material in the Crown Court* (Divulgation : un protocole pour le contrôle et la gestion des éléments inutilisés à la *Crown Court*), le 20 février 2006, paragr. 5-7 et 44. En ligne : http://www.hmcourts-service.uk.

qu'ils pourraient légitimement influencer les décisions de l'accusé, que l'on peut raisonnablement retarder le choix d'une date pour l'enquête préliminaire ou le procès. La réalité des causes longues et complexes est que la divulgation se poursuivra tout au long du processus. Un bon avocat peut toujours se préparer et prendre des décisions sans avoir besoin d'ajournements, pourvu qu'il ait en mains toutes les divulgations vraiment importantes. Il faut que les tribunaux reconnaissent qu'il n'est pas raisonnable de retarder le choix des dates au motif que certaines divulgations demeurent en suspens. Le statut d'une divulgation en suspens devrait être contrôlé par le juge présidant la conférence préparatoire, et il faudrait trancher les motions au besoin, mais cette ligne de conduite ne devrait pas retarder le choix d'une date.

Si l'on présume qu'une motion présentée par la défense pour obtenir une plus ample divulgation est présentée en temps voulu et est corroborée d'un avis détaillé avec documents à l'appui, il subsiste des questions difficiles quant à la portée de l'audience du tribunal. À tout le moins, le tribunal devra décider si la défense s'est déchargée de son fardeau *Chaplin* et statuer sur toutes les allégations de privilège dont la Couronne a fait état. Mais après que le tribunal a conclu que les dossiers visés par la défense existent, et qu'ils pourraient lui être utiles au sens de *Chaplin*, et que le tribunal a aussi statué que ces dossiers ne font l'objet d'aucun privilège évoqué par la Couronne, nous ne recommandons pas que le tribunal participe à un fastidieux examen des dossiers, document par document. Cela constituerait un mauvais usage des ressources judiciaires, non seulement parce l'opération serait peu pratique et nécessiterait beaucoup de temps, supposant un débat et une décision pour chaque document, mais parce qu'il existe des solutions de rechange beaucoup plus efficaces.

Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une fois que le juge a rendu une décision préliminaire de « pertinence vraisemblable » à l'égard de documents qui sont assujettis à des droits à la vie privée de tiers, l'étape suivante est que « le juge devrait les examiner »[68]. Cependant, dans l'affaire subséquente de *M. (A) c. Ryan*, comportant une sensible allégation de privilège visant les dossiers psychiatriques d'un plaignant en matière d'agression sexuelle, la Cour a semblé revenir sur sa position antérieure pour conclure qu'il

[68] *Supra*, note 19, p. 23.

n'était pas nécessaire d'examiner laborieusement chaque document devant le tribunal. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a affirmé ce qui suit[69] :

> L'exigence que la cour examine minutieusement des documents longs ou nombreux peut s'avérer coûteuse en temps et en argent et retarder le règlement du litige. Il faut y satisfaire si cela est nécessaire pour bien trancher la revendication de privilège. Cependant, je ne poserais pas comme règle absolue que, sur le plan du droit, le juge doit examiner personnellement tous les documents en cause dans chaque affaire. Lorsque le juge est convaincu, pour des motifs raisonnables, qu'il est possible de bien soupeser les droits en jeu sans examiner chaque document en cause, l'omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit.

S'il est possible de rendre de sages décisions sur des allégations de privilèges sans examiner chaque document, comme le conclut l'arrêt *Ryan*, alors il est certain que les motions en divulgation ne devraient pas entraîner le juge dans un examen « coûteux en temps et en argent » de nombreux documents.

Une fois que le juge a rendu des décisions de teneur générale sur la pertinence et les privilèges, alors les documents sans pertinence ou faisant l'objet d'un privilège ne devraient évidemment pas être produits. Mais il faudrait que les parties examinent hors cour les autres documents restants qui ne font pas l'objet d'un privilège et peuvent être utiles. Il est évident que la possibilité d'examiner les documents permet de remplir les obligations de divulgation. Dans *Stinchcombe (N° 2)*, la Cour a affirmé ce qui suit[70] :

> Si le ministère public a les originaux de documents qui doivent être produits, il doit les produire ou permettre qu'ils soient examinés.

Le *Rapport Martin* va dans le même sens et recommande de produire les éléments essentiels de la divulgation, mais que, dans le cas de documents d'importance secondaire, la défense devrait [TRADUCTION] « examiner le dossier de l'organisme d'enquête en ce qui touche l'infraction » et demander des copies de tout élément utile qui ressort de l'examen[71]. On

---

[69] (1997), 143 DLR (4e) 1, p. 15 (C.S.C.).
[70] (1995), 96 C.C.C. (3d) 318 (C.S.C.); *R. c. Blencowe*, *supra*, note 41, p. 534-535.
[71] *Supra*, note 24, p. 191-192 et 249-251.

nous a informés que cette forme de divulgation, par voie d'examen du ou des dossiers demandés, a souvent été utilisée avec succès en Ontario et ailleurs.

Le fait de donner à l'avocat la directive d'obtenir la divulgation au moyen d'une possibilité d'examiner les documents, constitue un outil particulièrement utile et approprié quand on a affaire à des éléments qui se situent aux limites de la pertinence de l'arrêt *Stinchcombe*. Même si un ensemble de dossiers « pouvait » être utile à la défense, au sens de *Chaplin*, la réalité est qu'après examen, une grande majorité des documents n'offriront aucun intérêt pour l'avocat. La personne la mieux placée pour prendre cette décision rapidement et efficacement est l'avocat, de sorte que c'est lui qui devrait être chargé d'examiner les dossiers pouvant s'avérer pertinents et de demander des copies seulement des documents vraiment utiles, plutôt que d'ordonner à la Couronne de photocopier des milliers de documents dont la plupart n'auront aucune utilité.

On trouve un excellent exemple de cette procédure dans l'arrêt *R. c. Guess* où la défense a demandé la divulgation de « volumineuses » bandes d'écoute électronique. Le juge de première instance a rendu une ordonnance accordant « l'accès » aux relevés d'écoute électronique [TRADUCTION] « aussi longtemps que raisonnablement nécessaire [...] pour examiner les dossiers [...] Après l'examen, l'avocat de la défense peut désigner à l'avocat de la Couronne tout document ou renseignement qui, d'après l'avocat de la défense, peut raisonnablement aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière à l'accusation [...] ». L'ordonnance demandait ensuite aux deux avocats de tenter de s'entendre sur la divulgation des articles choisis, à défaut de quoi ils pourraient revenir demander au tribunal de résoudre tout litige subsistant au sujet de documents en particulier. Comme le juge Esson l'a signalé en appel[72] :

> [TRADUCTION]
> Le juge de première instance a constaté qu'il ne lui était pas possible de procéder à l'examen des documents en privé afin de discerner ceux qu'il faudrait divulguer comme étant peut-être pertinents. De sorte qu'il a rendu une ordonnance permettant à l'avocat de la défense, mais non pas à l'accusé, d'avoir accès aux documents. Cette manière de procéder était manifestement plus avantageuse pour la partie défenderesse que s'il [le juge de première instance] avait examiné les documents en privé.

[72] *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (C.A. C.-B.).

On a adopté la même procédure, avec un succès similaire, pour le procès « Air India » et la Cour suprême a ultérieurement cité et paru approuver cette procédure dans l'arrêt *Charkaoui*[73]. Nous recommandons cette approche pour les causes longues et complexes où l'on trouvera généralement de grandes quantités de documents « d'importance secondaire » qui pourraient peut-être s'avérer pertinents. Il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un juge examine ces éléments au tribunal, un document à la fois, tout en écoutant les observations des avocats. Il existe une procédure plus efficace, hors tribunal, qu'il faudrait utiliser. Nous mettons en garde le tribunal de la nécessité de trancher au départ la question de savoir si la catégorie générale des documents respecte les critères de divulgation des arrêts *Stinchcombe* ou *Chaplin*. Le tribunal doit également déterminer s'il existe un privilège quelconque. La divulgation au moyen d'une possibilité d'examen ne devrait pas s'étendre aux documents protégés par un privilège, à moins que la Couronne n'y consente, bien entendu.

Si la catégorie de documents potentiellement pertinents soulève des problèmes de confidentialité, alors le tribunal peut ordonner que ce soit l'avocat qui procède à l'examen, mais seulement sur la foi d'un engagement par l'avocat de ne divulguer le contenu d'aucuns des documents. L'avocat serait relevé de son engagement dès que la Couronne accepte de fournir une photocopie de tout document exigé, ou dès que le tribunal aura tranché tout litige concernant un document. Le bris d'un tel engagement ordonné par le tribunal devrait, évidemment, être considéré comme une faute professionnelle très grave. Telle est la procédure appliquée avec succès dans l'affaire *Guess*, dans le procès « Air India », et dont il est fait mention dans *Charkaoui*. C'est la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ryan* qui a la première recommandé l'utilisation d'engagements au moment de révéler des documents sensibles. En résumé, il existe maintenant une abondante jurisprudence à l'appui d'une pratique de divulgation limitée ou conditionnelle, au moyen d'un droit d'examen ou d'un engagement de confidentialité[74].

---

[73] *Charkaoui et al c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* [2007] 1 R.C.S. 35, paragr. 78. Les procédures suivies dans le procès « Air India » sont décrites dans Michael Code, supra, note 15, p. 269-273.

[74] *Ibid., M.(A.) c. Ryan, supra,* note 69. La plupart des arrêts de principe sur l'utilisation d'engagements sont examinés dans l'article « *The Role of the Independent Lawyer and Security Certificates* » (2006), 52 C.L.Q. de Michael Code et Kent Roach, 85, p. 103-111. Voir aussi : *R. c. Blencowe, supra,* note 41, p. 542-543; le *Rapport Martin, supra,* note 24, p. 234-235.

On peut voir qu'il existe un certain nombre d'outils offerts aux juges pour abréger ces longues et lourdes motions en divulgation, et pour exiger que les litiges sur la divulgation soient résolus rapidement et de manière efficace. Nous avons tenté de résumer l'ensemble de ces précieux outils procéduraux dans la recommandation suivante.

Recommandation n° 8 :

Les motions de la défense pour obtenir la divulgation d'éléments extérieurs au dossier d'enquête devraient être assujetties aux règles suivantes :

- **Elles doivent être clairement définies de façon à bien circonscrire les dossiers ou éléments en question et à expliquer en quoi les dossiers ou éléments peuvent aider la défense, comme l'exige le fardeau imposé à la défense dans *Chaplin.***
- **La Couronne et la défense doivent faire un réel effort pour discuter de la demande et tenter de la résoudre conformément à leurs obligations comme « officiers de justice » et « ministres de la justice ».**
- **À défaut de résolution, la défense doit présenter rapidement une motion au tribunal devant le juge saisi des motions préliminaires.**
- **Ce juge doit fixer des échéanciers stricts pour, soit résoudre tous les litiges relatifs à la divulgation, soit obtenir des décisions à une étape préliminaire de l'affaire et bien avant le procès. Le choix d'une date pour le procès ou pour l'enquête préliminaire ne devrait être retardé que si les répercussions de la divulgation non résolue ont une importance pour les choix de l'accusé.**
- **Le juge doit décider si la défense s'est déchargée de son fardeau *Chaplin* à l'égard des dossiers ou éléments demandés, et il doit statuer sur toutes les allégations de privilège dont la Couronne a fait état et que la défense a contestées.**
- **Il n'est généralement pas nécessaire ni opportun d'accaparer le temps du tribunal pour procéder à un examen détaillé de chaque dossier ou document demandé.**

- **Il convient généralement mieux au tribunal, après avoir discerné les dossiers pouvant s'avérer pertinents et non privilégiés, d'ordonner que l'avocat obtienne la divulgation par la possibilité d'examiner et ne réclame que les copies des documents dont, après examen, on a constaté l'utilité pour la défense.**
- **Si les documents devant être examinés soulèvent des problèmes de confidentialité, le tribunal devrait ordonner à l'avocat de procéder à l'examen, mais seulement sur la foi d'un engagement par l'avocat de ne divulguer le contenu d'aucun des documents. C'est seulement lorsqu'il obtiendra le consentement de la Couronne de lui fournir une copie du document, ou lorsqu'il obtiendra une autre ordonnance du tribunal, que l'avocat sera relevé de son engagement à l'égard de tout document en particulier. Le bris d'un tel engagement par l'avocat devrait être considéré comme une faute professionnelle très grave.**
- **Après l'examen, tout désaccord persistant sur la divulgation de documents particuliers ou de parties de documents peut être renvoyé au tribunal pour décision.**

CHAPITRE 4 : La gestion judiciaire des instances, surtout à l'étape préalable au procès

A. Historique de la gestion judiciaire des instances en Ontario

La gestion judiciaire est un sujet qui a fait l'objet d'études approfondies, surtout aux États-Unis. Elle est généralement reconnue comme un facteur essentiel à la réussite des initiatives de réduction des retards et à une meilleure efficacité du système de justice. Même s'il n'existe pas de forme ou de définition d'un seul bloc pour ce que désigne l'expression « gestion judiciaire des instances », en règle générale, les systèmes efficaces présentent quatre particularités essentielles : un contrôle précoce et continu de l'instance; des échéanciers à chaque étape du processus; une surveillance constante pour assurer la conformité; des dates fixes pour les procédures judiciaires et des contrôles stricts sur les ajournements[75].

L'avènement de la gestion judiciaire des instances en Ontario, et de fait, au pays, constitue un phénomène relativement récent. Il y a 30 ans, le contrôle judiciaire était très réduit lors des premières étapes de l'instance. Les parties comparaissaient généralement dans une audience de mise au rôle où l'on fixait une date, que ce soit pour un plaidoyer, un procès ou une enquête préliminaire. Après quoi, le tribunal n'entendait à peu près plus parler des parties jusqu'à leur comparution à la date ultérieure qui avait été fixée. Le système accusatoire, sous cette forme non contrôlée, s'en remettait aux parties pour soit résoudre le litige, soit préparer l'affaire pour le procès et prendre toutes les décisions nécessaires quant à sa préparation, sans aucune assistance ou surveillance judiciaires. La magistrature ne jouait un rôle qu'à compter du moment où une affaire se rendait au tribunal pour un plaidoyer ou pour le procès. Quelques membres du barreau et de la magistrature croient encore en cette approche de laisser-faire et résistent aux tentatives d'instaurer une gestion judiciaire des instances.

Ce point de vue est toutefois celui d'une minorité et il n'a pas prévalu. À compter de la fin des années 1980, en Ontario, les deux juridictions de première instance ont graduellement adopté certaines formes de gestion des instances, en raison des retards et des arriérés de cause qui s'étaient constitués dans les tribunaux tout au long de cette décennie. Le procureur général de l'époque, Ian Scott, c.r., a fait valoir avec un certain succès que la gestion du système de

---

[75] *Supra*, notes 6 et 54 où l'on mentionne bon nombre des principales études.

justice n'était pas à la hauteur, et que pour réduire les retards et arriérés des causes il faudrait s'entendre pour adopter des pratiques de gestion des instances plutôt que se contenter d'ajouter des ressources. Dans une certaine mesure, les données statistiques avaient tendance à appuyer cette thèse, puisque l'on fixait un nombre trop élevé de causes pour l'instruction, ce qui ajoutait aux arriérés. De plus, par une participation judiciaire plus agressive aux discussions de règlement, on aurait pu facilement résoudre, sans même fixer de date de procès, un grand nombre des causes que l'on fixait couramment pour instruction. Ce processus graduel de réforme instauré au cours des années 1980 a subi une bonne accélération dans la foulée de la décision *Askov* de 1990[76]. Cette affaire a établi des lignes directrices strictes au sujet des retards, et les deux juridictions de première instance ont réagi au cours des années 1990 en adoptant de nouvelles règles de procédure qui prévoient une gestion des instances beaucoup plus étendue[77].

Le Parlement a aussi encouragé l'élaboration de pratiques de gestion des instances en adoptant l'article 625.1 du *Code criminel* en 1985 et l'article 482.1 en 2002. L'ancienne disposition autorisait la tenue de conférences préparatoires au procès, et la disposition plus récente permettait au tribunal d'établir des règles en vue « de régler toute question qui l'aiderait à gérer les instances de manière efficiente et efficace ». En application de cette disposition, la Cour supérieure a récemment publié un nouvel ensemble de règles qui prévoient une version grandement améliorée de la gestion judiciaire des instances[78].

B. Nécessité de pouvoirs plus étendus en matière de gestion des instances

Toutes les principales études portant sur le phénomène des soi-disant « mégaprocès » ont recommandé la mise en place d'une gestion judiciaire des instances beaucoup plus serrée.

---

[76] *R. c. Askov et al* (1990), 59 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.). C'est la directive présumée de six à huit mois des retards systémiques après l'incarcération qui a poussé les tribunaux de première instance de l'Ontario à désormais se préoccuper davantage de leur nombre de dossiers.

[77] Ces événements sont décrits de façon très détaillée dans Michael Code, *Trial Within a Reasonable Time*, 1992 Carswell, p. 98-106.

[78] S.1.92-99. En ligne : http://www.ontariocourts.on.ca. Les nouvelles règles ont été publiées et mises en œuvre le 16 octobre 2006. Elles constituaient le résultat de l'excellent rapport intitulé, *New Approaches to Criminal Trials*, rédigé par le Comité consultatif du juge en chef en matière de procès criminel. Le comité était constitué de six juges principaux, trois hauts représentants de la Couronne et de l'ancien président de la Criminal Lawyers Association. Le principal objectif du travail du comité était « la durée accrue des procès criminels », et une meilleure gestion judiciaire de l'instance était l'une des solutions envisagées.
Le rapport est accessible en ligne : http://www.ontariocourts.on.ca

Il existe chez les décideurs publics un vaste consensus voulant qu'un des meilleurs moyens pour améliorer l'efficience et réduire les retards de ces causes longues et complexes soit d'y exercer un contrôle judiciaire plus vigoureux dès le départ[79]. Comme nous l'avons souligné ci-dessus au Chapitre 2, il ne fait aucun doute que les premières étapes préparatoires aux procédures criminelles sont devenues beaucoup plus importantes qu'elles ne l'ont jamais été dans le passé. De ce fait, elles méritent une plus grande attention et surveillance judiciaires.

Le fond du problème de la gestion judiciaire des instances, sous sa forme actuelle, est qu'elle a été conçue pour remplir un rôle limité. Son avènement, il y a de 15 à 20 ans, était principalement motivé par la volonté de résoudre le problème des arriérés dans les tribunaux de première instance. Il s'agissait d'un problème grave en Ontario, étant donné que 50 000 accusations ont été retirées ou suspendues en raison de l'alinéa 11*b*) de la *Charte* au cours de l'année suivant l'arrêt *Askov*[80]. Le principal objectif de la gestion judiciaire des instances, lorsqu'elle a été instaurée à cette époque, était de trancher des litiges et de réduire ainsi l'arriéré des procès en instance. L'idée était tout simplement que la magistrature devrait abandonner sa passivité traditionnelle et participer plus activement aux conférences préparatoires avec les parties, dans les cas où l'on tenterait de régler l'affaire, que ce soit par plaidoyer de culpabilité ou par retrait. Les négociations de plaidoyers, les négociations de la peine et la déjudiciarisation ont été des aspects essentiels de ces séances privées qui se déroulaient dans le cabinet du juge ou dans une salle de conférence. Le juge jouait le rôle de médiateur et tentait de convaincre les parties d'adopter une position raisonnable quant au règlement de l'affaire. Certains juges ont joué ce rôle de façon très efficace et le taux de « règlement anticipé » en Ontario, soit le pourcentage des causes inscrites au système de justice que l'on a résolues par plaidoyer, retrait ou déjudiciarisation, sans même fixer une date de procès, a très fortement augmenté dans la décennie qui a suivi l'arrêt *Askov*[81].

---

[79] *Supra*, note 6.

[80] *Supra*, note 77, p. 107-116.

[81] Le personnel du ministère du Procureur général a fait parvenir à notre examen un exposé très utile sur le taux actuel de « règlement anticipé ». Celui-ci indique que le taux de « règlement anticipé » à la Cour de justice de l'Ontario, où tous les dossiers criminels entrent dans le système, s'est accru chaque année entre 1999 et 2007. En 1999, le taux était de 68,2 % et en 2007 de 76,4 %. Ceci signifie que l'on fixe une date de procès ou d'enquête préliminaire à moins de 25 % du nombre total de dossiers. Dans les juridictions les plus efficaces de la province, qui semblent être Kitchener et Peterborough, le taux de « règlement anticipé » excède maintenant les 89 %. Il s'agit de changements radicaux depuis l'époque de l'arrêt *Askov* alors qu'une proportion d'environ 50 % du nombre de dossiers était résolue avant que soit fixée une date de procès. Il n'est guère surprenant qu'il y eût de

Ces réalisations ont leur importance, et nous ne voulons pas diminuer la portée d'une collaboration judiciaire hâtive lors de discussions en vue d'un règlement. L'augmentation des règlements anticipés permettra de retirer des causes des tribunaux de première instance et réduira d'autant dans le système le nombre de dossiers en attente d'une date de procès. Cette réduction de la pression sur les listes de procès permettra évidemment de fixer des dates de procès plus rapprochées et de réduire l'arriéré de dossiers en attente de procès. Une réduction qui, à son tour, fera diminuer les demandes fondées sur l'alinéa 11*b*) de la *Charte* pour cause de délai déraisonnable. On n'a jamais revu en Ontario le nombre élevé d'arrêts des procédures et de retraits survenus en 1991-1992, immédiatement après l'arrêt *Askov*, et cela constitue une importante réussite.

Si l'objectif de la gestion judiciaire des instances n'était que de favoriser le règlement rapide du plus grand nombre possible de dossiers et ainsi de réduire la demande sur les tribunaux de première instance, tout ce qu'il fallait était un pouvoir d'assigner les parties à des conférences préparatoires au procès. Le Parlement a créé ce pouvoir en 1985, par l'ajout de l'article 625.1 au *Code criminel*. Cet article a permis aux tribunaux « d'ordonner » aux parties de participer à une « conférence préparatoire entre les parties ou leurs avocats, présidée par un juge de ce tribunal ». On a modifié en même temps le pouvoir d'établir des règles de l'article 482 pour permettre la création de règles régissant ces nouvelles « conférences préparatoires tenues en vertu de l'article 625.1 ». Le tribunal avait désormais le pouvoir de tenir une « conférence » obligatoire, où il était possible de se pencher sur un règlement et sur toute autre « question de nature à favoriser un procès équitable et rapide ».

Ces nouveaux pouvoirs présentent la singularité de n'avoir rien fait de plus que de réunir les parties et un juge dans une salle bien avant le moment de fixer une date de procès. Le juge n'avait reçu aucun pouvoir de décider quoi que ce soit. Le succès ou l'échec de la « conférence » dépendait entièrement de l'efficacité avec laquelle le juge pouvait cajoler les parties et les convaincre de se montrer raisonnables.

---

sérieux retards dans les tribunaux de première instance alors qu'on fixait une date de procès pour environ 50 % du nombre des dossiers. On a annoncé récemment, le 3 juin 2008, que les données statistiques du ministère sur les tribunaux criminels seront accessibles en ligne. Nous appuyons fermement cette initiative. Communiqué, « L'Ontario cible les retards dans les tribunaux pénaux ». En ligne : http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la « conférence préalable à l'instruction » prévue à l'article 625.1 a rempli son objectif de régler de nombreux dossiers et de réduire des rôles d'audience débordés. Même si on ne parvenait pas à régler une affaire, le juge médiateur pouvait souvent convaincre les parties de délimiter les questions en litige et de réduire ainsi le temps nécessaire pour instruire l'affaire. Encore une fois, le succès ou l'échec de cette modeste fonction de gestion de l'instance dépendait de la persuasion du juge médiateur et du caractère raisonnable des parties. Il n'existait en fait aucun pouvoir de trancher les questions en litige de façon à délimiter les questions abordées au procès. Tout dépendait du consentement et de la bonne volonté des parties.

C'est pourquoi les nouveaux réformateurs du droit ont constamment plaidé en faveur d'une gestion des causes beaucoup plus rigoureuse à l'étape préparatoire au procès et comportant de véritables pouvoirs judiciaires de prendre des décisions[82]. Au Chapitre 2, nous avons abordé assez longuement la façon dont des procédures criminelles modernes ont été transformées par trois événements majeurs – la *Charte canadienne des droits,* la « révolution » en droit de la preuve et l'adoption de nombreuses infractions et procédures complexes. La caractéristique commune de ces trois initiatives a été une explosion du nombre de mesures préparatoires au procès, dont la plupart comportent des critères juridiques nuancés et subtils et des mesures de redressement très souples. C'est la recrudescence de ces mesures préparatoires au procès, plus que tout autre facteur, qui a prolongé et retardé le procès criminel moderne. Il est nécessaire de trancher rapidement ces motions préliminaires parce qu'elles déterminent souvent toute la teneur de l'affaire : si les bandes d'écoute électronique sont exclues, la Couronne réévaluera normalement son dossier, et si elles sont admises, bon nombre des accusés négocieront souvent des plaidoyers de culpabilité; si des problèmes de divulgation et de production demeurent en suspens, les parties ne seront pas en mesure de terminer leur préparation; si l'affaire a fait l'objet d'une motion concernant le délai selon l'alinéa 11*b*) ou d'une motion pour abus de procédures selon l'article 7, il est possible qu'elle ne se rende jamais au procès, ou au moins, l'avocat peut espérer qu'elle ne s'y rende pas.

Pour tous ces motifs, les décisions anticipées sur bon nombre de motions préliminaires constituent un élément essentiel de ce que nous désignons par « gestion judiciaire des

---

[82] *Supra,* note 6.

instances », au sens strict. Ces décisions anticipées faciliteront les discussions de règlement, permettront de décider s'il faut instruire la cause et de déterminer sa durée probable au procès. En résumé, aux étapes préparatoires, on ne peut pas dire que l'on intervient vraiment dans la gestion du dossier criminel moderne à moins qu'un juge disponible ait le pouvoir de trancher les motions préliminaires.

C. Modèles de réforme proposés

Il y a presque 15 ans, la Commission de la réforme du droit du Canada (CRD) a publié un document de travail intitulé *Procès dans un délai raisonnable*. Ce document contenait une excellente analyse du grand nombre de recherches américaines portant sur la gestion judiciaire des instances. Le document de travail concluait que [TRADUCTION] « le dépôt et la résolution anticipée de motions (y compris les motions concernant l'admissibilité d'éléments de preuve) [...] auraient pour résultat une réduction du temps nécessaire au procès lui-même. En fait, dans certains cas précis, ils élimineraient complètement la nécessité d'un procès ». On citait la recherche américaine selon laquelle [TRADUCTION] « la résolution anticipée de motions constitue un aspect important de la gestion efficace des dossiers » du fait qu'elle peut « inciter la défense ou la poursuite à envisager à nouveau si elle doit aller au procès ». Le document de travail recommandait d'apporter au *Code criminel* une modification législative permettant expressément que certaines motions soient tranchées par le juge responsable de la gestion de l'instance qui préside la conférence préparatoire[83].

Le document de travail de 1994 du CRD n'a pas été le seul à traiter de cette question des pouvoirs de gestion hâtive des cas. L'année précédente, un rapport exhaustif avait été publié au Royaume-Uni par la Royal Commission on Criminal Justice (*le Rapport Runciman*). Tout comme le document de travail de la CRD, le *Rapport Runciman* recommandait que le juge qui préside la conférence préparatoire ait le pouvoir d'assurer la gestion de l'instance aux étapes préliminaires en prenant des décisions exécutoires[84] :

> [TRADUCTION]
> À l'enquête préliminaire, il faudrait interpeller le défendeur et par la suite, toutes les questions feront partie du procès. ...

[83] *Supra*, note 54, p. 81-84.
[84] *Supra*, note 32, p. 101-109.

> Nous recommandons que le juge d'une enquête préliminaire soit habilité à rendre une décision sur toute question quant à l'admissibilité d'éléments de preuve et sur toute autre question de droit ayant trait à l'affaire. Cette suggestion pourrait entraîner une modification à la loi, étant donné qu'il est loin d'être clair que le juge d'une enquête préliminaire détient de tels pouvoirs à l'heure actuelle [...]
>
> Nous [...] recommandons que le juge de première instance soit lié par toute ordonnance ou décision rendue par le juge ayant présidé l'enquête préliminaire et qu'il soit interdit aux avocats de la défense et de la poursuite de tenter de revenir à une question qui aura été tranchée au cours de cette enquête.

Le *rapport Runciman* a formulé ces recommandations après avoir conclu que la première forme de gestion judiciaire des instances au Royaume-Uni, connue sous le nom de « plea and directions hearings » (audiences de plaidoirie et de directives) s'était avérée inefficace. Tout comme pour leur équivalent canadien, soit la « conférence » prévue à l'article 625.1, le juge présidant ces audiences n'avait aucun pouvoir véritable et dépendait de la bonne volonté et de la coopération de l'avocat.

Le Parlement du Royaume-Uni a réagi rapidement aux recommandations du rapport Runciman, en adoptant la *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*. Plus particulièrement, l'article 40 confère à [TRADUCTION] « un juge [...] à une audience préliminaire » le pouvoir de rendre « une décision sur toute question relative à l'admissibilité d'éléments de preuve » et à « toute autre question de droit ayant trait à l'affaire ». L'article 40 permet de réviser la décision au procès, mais seulement en cas de « changement important dans les circonstances » ou « dans l'intérêt de la justice »[85].

Aucune loi de cette nature n'a jamais été adoptée au Canada. Malgré des modifications répétées au *Code criminel* au cours des 15 dernières années qui ont rendu le procès criminel plus long et plus complexe, cette simple modification permettant de favoriser la tenue de

---

[85] *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (Royaume-Uni), 1996, ch. 25, article 40. Voir aussi « Binding Rulings ». En ligne : http://www.cps.gov.uk/legal/section14/chapter_b.html. La Cour d'appel d'Angleterre (section criminelle) a fermement appuyé les modifications au régime de gestion de l'instance dans ce pays, affirmant : [TRADUCTION] « Une gestion active, main à la pâte, tant aux étapes préparatoires qu'au procès de bout en bout, est maintenant considérée comme une partie essentielle du devoir du juge ». Voir *R. c. Jisl et al.* [2004] EWCA Crim 696. On se demande si la célérité relative du procès tenu au Royaume-Uni par rapport à l'affaire *Khawaja* au Canada reflète les pouvoirs plus énergiques de gestion de l'instance dès les premières étapes au Royaume-Uni. Voir note 18, *supra*.

procès criminels plus expéditifs et plus efficients n'aura jamais frappé l'imagination des ministres fédéraux de la Justice qui se sont succédé. Nous espérons que ce malheureux déséquilibre dans la réforme du droit criminel soit sur le point de changer, étant donné l'engagement formulé l'année dernière dans le Communiqué de la réunion des ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables de la justice et de la sécurité publique[86].

En l'absence d'une telle modification au *Code criminel*, l'état actuel du droit fait en sorte que la plupart des importantes décisions préalables au procès relèvent de la seule compétence du « juge de première instance »[87]. En conséquence, on ne peut effectuer une précoce et efficace gestion judiciaire de l'instance, au sens strict, que dans les seuls cas où le « juge de première instance » est nommé pour les étapes préliminaires et reste saisi de l'affaire. La plupart des tribunaux criminels de l'Ontario ne fonctionnent pas de cette façon. À la Cour de l'Ontario, où sont instruites la plupart des affaires criminelles, le « juge de première instance » n'est en général désigné que très tard dans les procédures. À la Cour supérieure, les pratiques varient entre les régions. Certaines régions sont en mesure d'assigner rapidement le « juge de première instance », mais dans de nombreuses régions, dont Toronto, le « juge de première instance » ne peut être désigné que beaucoup plus tard. On nous a affirmé, et nous l'admettons, que de confier toutes les causes importantes à des juges de première instance en particulier au début des procédures causerait des difficultés énormes en matière de planification[88].

---

[86] *Supra*, note 6.

[87] La doctrine juridique actuelle, qui confère au « juge de première instance » la seule compétence sur les motions préliminaires, provient d'un ancien courant jurisprudentiel de la Cour suprême du Canada et d'un certain nombre de dispositions du *Code criminel*. Voir : *R .c. Chabot* (1980), 55. C.C.C. (2d) 385 (C.S.C.); *R. c. Mills* (1986), 26 C.C.C. (3d) 481, p. 493-495, p. 516-520 et 565-567 (C.S.C.); *R. c. Rahey* (1987), 33 C.C.C. (3d) 289, p. 298-299 et 318 (C.S.C.); *R. c. Litchfield* (1993), 86 C.C.C. (3d) 97, p. 109-113 (C.S.C.). Voir aussi : *Code criminel*, par. 278.3 (1), par. 645(5) et articles 674, 675 et 676. Ce problème particulier est analysé plus en détail dans Michael Code, *supra*, note 6.

[88] Une simple illustration du problème est que n'importe quelle juridiction donnée comptera un nombre limité de juges affectés aux procès criminels longs et complexes. Si chacun de ces juges était saisi d'une telle affaire, dès les premières étapes, il serait nécessaire de garder le rôle libre de toute autre affaire pouvant se prolonger. Si un tel juge était saisi de deux causes longues et complexes, il est probable que l'un des deux procès soit retardé à cause du calendrier du juge. Le système a besoin de la souplesse permettant de confier le procès à tout juge de l'équipe de procès longs et complexes qui est libre au moment où l'affaire est prête pour l'instruction. La pratique par laquelle on affecte toutes ces causes à des juges en particulier est trop rigide, surtout dans les juridictions importantes, et elle entraînera des retards causés par le rôle du juge, la maladie ou une autre cause d'indisponibilité.

À la lumière de la pratique prédominante dans les cours criminelles de première instance en Ontario, soit de désigner le « juge de première instance » à une étape avancée de la procédure, une fonction très importante de la gestion des étapes préalables au procès n'existe tout simplement pas en raison des pouvoirs limités du juge responsable de la gestion de l'instance aux étapes préliminaires. Le pouvoir d'établir des règles de l'article 482.1 du *Code criminel* et le pouvoir de tenir une « conférence préparatoire » de l'article 625.1 ont servi à habiliter les juges présidant la conférence préparatoire à rencontrer les avocats, à tenter de régler le dossier, à déterminer les questions en litige et à fixer un échéancier pour les motions préliminaires et pour le procès. Toutes ces fonctions sont utiles, mais ce juge de la conférence préparatoire n'a aucun pouvoir de décider ou de trancher des questions litigieuses entre les parties, et il n'a recours qu'à la persuasion, comme il a été expliqué précédemment.

Au cours de notre examen, tous les participants sont parvenus à un vaste consensus en faveur d'une réforme du système actuel visant à s'assurer qu'un juge est disponible pour se charger du dossier aux étapes préliminaires et qu'il détient le pouvoir réel de trancher les questions préliminaires. L'impuissance du système actuel est parfaitement illustrée par une affaire comme *R. c. S. (S.)*[89]. L'accusé était un jeune contrevenant arrêté pour une infraction criminelle qui en était aux conférences préparatoires au procès devant la Cour de l'Ontario, soit le tribunal de première instance. La juge et l'avocat tentaient de délimiter les questions litigieuses avant de fixer une date. L'avocat de la défense a tenté d'obtenir de la part de la Couronne un aveu sur un certain fait. À défaut d'aveu, l'avocat serait forcé de présenter d'abondants témoignages au procès et aurait besoin d'une importante divulgation de la Couronne sur ce fait. Lorsque la Couronne n'a pas été en mesure de faire l'aveu demandé en temps voulu, la juge présidant la conférence préparatoire a ordonné la divulgation des documents pertinents afin que la défense puisse se préparer au procès. La Couronne a demandé à la Cour supérieure un bref de *certiorari* pour annuler l'ordonnance de divulgation de la juge de la conférence préparatoire, au motif qu'elle n'avait pas compétence pour trancher une motion préliminaire en divulgation. Le juge de la Cour supérieure, le juge Watt, tel était alors son titre, a accueilli la motion en annulation de la Couronne. Il a conclu que le pouvoir d'ordonner la divulgation de l'arrêt *Stinchcombe* avait été conféré au « juge de première instance » et que la compétence légale du juge de la « conférence préparatoire » en vertu de

[89] (1999), 136 C.C.C. (3d) 477 (C.S.J. Ont.).

l'article 625.1 consistait seulement à [TRADUCTION] « prendre des dispositions en vue des décisions », c'est-à-dire, à fixer la date de la motion devant un certain « juge de première instance » futur qui n'est pas encore désigné.

La décision du juge Watt dans *S.(S.)* est manifestement juste, vu l'état actuel du droit, et elle démontre combien il n'existe en Ontario vraiment aucun pouvoir de gestion des causes, au sens strict. Dans cette affaire, une juge du tribunal de première instance tentait de gérer la cause en réglant les aveux et la divulgation aux étapes préliminaires, pour que les questions soient délimitées et que l'affaire soit prête pour l'instruction. Ce sont des aspects élémentaires de la gestion judiciaire des instances et pourtant, elle n'avait aucun pouvoir de prendre ces décisions sans d'abord désigner un « juge de première instance » et intenter le « procès ».

En dépit d'un large consensus dans notre examen voulant qu'il soit nécessaire de réformer le système pour permettre de prendre bien avant le procès des décisions anticipées sur les motions, on n'est pas arrivé à un consensus clair sur la meilleure façon de parvenir à ce résultat. Certains préconisaient un système obligeant à désigner promptement le juge de première instance, lequel resterait saisi de l'affaire tant aux étapes préparatoires qu'au procès à venir. D'autres préféraient un système permettant de séparer les fonctions de gestion de l'instance aux étapes préliminaires, en les assignant à un juge, ce qui donnait ensuite la possibilité de confier à un autre juge le procès à venir. Comme nous l'avons souligné précédemment, ce dernier système offre une souplesse beaucoup plus grande pour l'établissement du rôle, du fait que le procès peut être confié à n'importe quel juge disponible et commencer à la date prévue, une fois l'étape préparatoire franchie. L'ancien système est plus rigide et comporte le risque que des procès soient retardés par le rôle du juge. Par contre, certaines économies des ressources judiciaires favorisent l'ancien système étant donné qu'un seul juge devra apprendre les subtilités d'une affaire et ce juge saura avec certitude si des changements subséquents dans la preuve rendent nécessaire la révision d'une décision antérieure. Ceci ne constitue pas un avantage négligeable dans les dossiers complexes de très grande envergure, comme une affaire de terrorisme ou d'organisation criminelle par exemple, qui exigera beaucoup de temps et de détermination avant qu'un juge puisse maîtriser les faits et prendre des décisions. Certains membres de la magistrature préfèrent les économies du système à juge unique, et d'autres, la souplesse d'un système à juges multiples.

D. Propositions découlant du présent examen

Notre conclusion sur ce point est qu'il existe de bons arguments préconisant les deux modèles et qu'il n'est pas nécessaire d'adopter une solution d'un seul bloc. Le système de justice est caractérisé par une bonne partie de culture juridique locale. Le *Code criminel* est une loi nationale, mais l'administration de la justice constitue une compétence provinciale. Il existe beaucoup de diversité interprovinciale et intraprovinciale dans le système de justice. Certaines juridictions et certaines causes fonctionneront au mieux avec le modèle à juge unique et d'autres juridictions et causes avec un modèle à juges multiples. Tout dépendra dans une certaine mesure du nombre de causes longues et complexes dans la juridiction en question et du bassin de juges disponibles possédant une expertise dans les affaires criminelles difficiles. Nous croyons que le *Code criminel* peut et doit être modifié de façon à ce qu'une souplesse fasse place aux deux modèles. L'important est que l'on adopte l'un ou l'autre modèle pour chaque cause longue et complexe dans chaque juridiction. Le système actuel, où le « juge de première instance » n'est que rarement désigné aux étapes préliminaires et où le « juge chargé d'entendre les motions préliminaires » n'a aucun véritable pouvoir, est le pire qui puisse être. Il laisse simplement l'instance dans un état incontrôlé jusqu'à l'imminence du procès.

Nous avons résumé en trois recommandations nos conclusions sur ce vaste sujet que constitue la possibilité de conférer à un juge le pouvoir de statuer dès les premières étapes préliminaires. Nous estimons qu'il existe chez les participants un consensus généralisé préconisant ces trois recommandations, parce qu'elles ont intégré les deux modèles préconisés et qu'elles laissent place à une certaine souplesse.

Recommandation n° 9 :

Des juges administratifs devraient désigner le « juge de première instance » dès les premières étapes préliminaires d'une cause longue et complexe, dans tous les cas où cela est souhaitable et faisable pour une cause particulière dans une juridiction donnée. Ce juge sera saisi de tous les aspects de la cause, du début à la fin, y compris les motions préliminaires et le procès lui-même. Il sera nécessaire de préserver le rôle du juge, dans une certaine mesure, contre toute nomination dans une autre affaire majeure afin qu'il

ou elle demeure disponible pour commencer le procès et siéger de façon continue, une fois la cause prête à être instruite. L'établissement du rôle d'audience et la continuité du procès ne doivent pas être perturbés par une affectation ailleurs du juge, pour y accomplir des tâches dans d'autres dossiers. Cette recommandation ne nécessite aucune modification au *Code criminel.*

Recommandation n° 10 :

Dans les cas où il n'est pas possible ou souhaitable de procéder à une nomination anticipée du « juge de première instance », pour une cause longue et complexe en particulier dans une juridiction donnée, il faut conférer à un « juge chargé de la gestion de l'instance aux étapes préliminaires » le pouvoir de statuer sur les questions préliminaires. Cette recommandation nécessite une modification au *Code criminel.* Plus particulièrement, il faut modifier l'article 645 de façon à prévoir que le juge, autre que celui qui entendra plus tard la preuve au procès, ait le pouvoir de statuer sur les motions préliminaires. La modification à l'article 645 doit énoncer clairement que le « procès » commence dès qu'un juge du tribunal de première instance commence à entendre et à trancher les motions préliminaires, et que le « procès » est un processus continu, même si le juge change. De cette façon, le droit d'appel contre le « tribunal de première instance » que l'on trouve aux articles 675 et 676 s'étendra à toutes les décisions rendues par le juge présidant la conférence préparatoire et le juge de première instance. Dans tous les cas où un appel est prévu à la fin du « procès », les réparations extraordinaires seront également interdites par la jurisprudence actuelle qui limite la possibilité d'avoir recours à ces brefs.

Recommandation n° 11 :

Il faudrait laisser au pouvoir discrétionnaire du tribunal le choix du type de motions pour lesquelles il serait avantageux de prendre des décisions anticipées, bien avant le procès. Que l'affaire soit entendue selon le modèle du juge unique (Recommandation n° 9) ou celui des juges multiples (Recommandation n° 10), il n'est pas nécessaire d'établir une liste close des motions pouvant être tranchées aux étapes préliminaires, ou de les limiter. Le *Code criminel* ne devrait pas tenter d'établir une telle liste. Le pouvoir

discrétionnaire du tribunal devrait, à cet égard, être guidé par des considérations telles que la question de savoir si une décision anticipée sur la motion permettrait aux parties de se préparer adéquatement pour le procès, empêcherait l'ajournement du procès, favoriserait un règlement avant le procès ou en éliminerait complètement la nécessité. Parmi les types de motions qui semblent les plus susceptibles de tirer avantage de décisions anticipées, mentionnons : les motions en divulgation; les motions visant des dossiers de tiers; les motions fondées sur l'alinéa 11*b*) de la *Charte* pour cause de délai déraisonnable; les motions concernant l'admissibilité de preuves par écoute électronique; les motions pour renvoi devant une autre juridiction; dans certains cas, les motions pour confessions, les motions pour perquisitions et saisies, les motions à l'égard de faits similaires et autres décisions relatives à la preuve; et finalement, les motions en séparation. La séparation est placée à la fin de cette liste, parce que la plupart des motions préliminaires seront communes à tous les coaccusés et devraient être tranchées par un seul juge lors d'une seule audience, avant toute demande de séparation. Lors des premières étapes préliminaires, il ne conviendra pas toujours de trancher les motions relatives à la preuve, parce que dans certains cas le contenu de la preuve évolue au cours du procès et peut rendre nécessaire la révision d'une décision rendue à l'étape préparatoire. Malgré tout, il peut quand même y avoir des avantages à prendre une décision à l'une des premières étapes préliminaires, par exemple, sur une confession, une perquisition ou saisie ou arrestation, une motion à l'égard de faits similaires, sous réserve comme toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de revoir la décision s'il survient un changement notable. Le juge de la conférence préparatoire devrait énoncer clairement les fondements factuels de toute décision. En l'absence d'un changement notable, par exemple, dans le cas où différents éléments de preuve surgissent au procès, les décisions du juge de la conférence préparatoire lient le juge de première instance et celui-ci doit les respecter. Il faudrait aussi modifier le *Code criminel* de façon à énoncer clairement que toutes les décisions rendues lors d'un premier procès qui prend fin par une séparation ou une annulation de procès demeurent exécutoires lors d'un procès subséquent, sauf en cas de changement notable.

E. Propositions du groupe de travail fédéral-provincial-territorial

Nous ne voulons pas laisser ce sujet sans commenter brièvement le document *Proposals for Reform: Mega-Trials* (propositions de réforme : les méga-procès) rédigé par le Groupe de travail FPT sur la procédure criminelle. Le document a été présenté aux ministres l'année dernière, à la réunion de Winnipeg, et a donné lieu au communiqué dont il a déjà été question plus haut[90].

Ce document de politique générale s'étant rendu aux ministres, il devrait normalement être confidentiel. Nous sommes redevables au sous-procureur général d'avoir organisé un exposé portant sur le document et d'avoir obtenu le consentement de ses collègues pour nous permettre d'évoquer ce document dans notre Rapport. Le document aborde un certain nombre de propositions de réformes que nous n'avons pas besoin de commenter, mais il contient également des propositions importantes sur la gestion judiciaire des instances dans les causes longues et complexes. Il s'agit d'un sujet que nous avons analysé et sur lequel nous avons consulté de long en large au cours des cinq derniers mois. Les propositions du groupe de travail à ce sujet suivent en bonne partie les recommandations formulées en 2004 par le Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice dans son « Rapport final sur les méga-procès »[91].

De façon générale, nous appuyons les propositions du groupe de travail sur la gestion des instances, parce qu'elles prévoient une modification au *Code criminel* qui permettrait de désigner rapidement un « juge responsable de la gestion de l'instance » dans les affaires complexes de grande importance. Ce juge, qui ne serait pas le « juge de première instance », aurait le pouvoir de statuer sur les motions préliminaires. Dans ces conditions, les propositions s'harmonisent admirablement avec nos Recommandations n° 10 et 11. Et ces propositions n'excluraient pas non plus nécessairement notre Recommandation n° 9 dans les juridictions et les causes où il est à la fois possible et souhaitable de désigner un seul « juge de première instance » aux étapes préliminaires.

---

[90] *Supra*, note 6.

[91] En ligne : http://www.justice.gc.ca/eng/esc-cde/mega.pdf. Ce rapport est analysé de façon plus approfondie dans Michael Code, *supra*, note 6.

Là où la proposition du groupe de travail et du Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice diffère de la nôtre, c'est quand elle exige selon certains critères établis par la loi que l'on présente au juge en chef ou au premier juge, ou à son remplaçant désigné, une demande formelle pour que le tribunal qualifie la cause de « mégaprocès ». Ce n'est qu'après que cette décision judiciaire a été rendue dans le cadre d'une instance en bonne et due forme que la cause pourrait faire l'objet d'une « procédure exceptionnelle applicable à l'instance ». Cette procédure « exceptionnelle » comprend la désignation d'un « juge responsable de la gestion de l'instance » ayant le pouvoir de trancher les motions préliminaires, sans être ensuite saisi du procès.

Nous estimons que cette exigence d'une motion spéciale pour faire déclarer un « mégaprocès » avant même que l'affaire puisse devenir sujette à une « procédure exceptionnelle applicable à l'instance » comporte deux lacunes. Premièrement, comme de trop nombreux autres projets de réforme du droit menés au cours des 20 dernières années, elle fait intervenir des procédures judiciaires inutilement complexes qui n'ont pour effet que de ralentir le traitement des causes. Nous ne voyons pas le besoin d'une motion formelle et préférons de beaucoup l'approche anglaise qui confère simplement par voie législative un pouvoir élargi de statuer lors d'audiences préparatoires sur des motions en règle et ayant trait à la preuve[92]. La question de savoir si le pouvoir doit être exercé dans une affaire donnée est laissée au pouvoir discrétionnaire du juge, en fonction des besoins propres à chaque cas. La présence aux étapes préparatoires d'un juge désigné qui est habilité à entendre les motions préliminaires et à rendre des décisions sera profitable à toute affaire de grande envergure dans le système. Que nous appelions la cause un « mégaprocès » en raison d'une définition complexe prévue par la loi est sans importance. Il ne s'agit que d'une gestion judiciaire des instances toute simple et pouvant s'appliquer à n'importe quel dossier. Elle devrait constituer une pratique exemplaire courante et n'a pas besoin de faire l'objet d'une motion spéciale en « mégaprocès » conduisant à une procédure « exceptionnelle ». Notre proposition, à l'instar de la loi du Royaume-Uni, qui consiste à désigner un juge pour commencer à trancher les motions préliminaires dans tous les cas où il est utile et nécessaire, ferait tout simplement partie des pouvoirs administratifs ordinaires du tribunal. Il suffit d'une modification à l'article 645 pour établir clairement que le

[92] *Supra*, note 85.

juge chargé d'entendre les motions préliminaires n'est pas tenu de poursuivre l'instruction du procès.

La deuxième raison pour laquelle nous ne sommes pas d'accord avec la proposition du groupe de travail, et qui est liée à la première, est que cette proposition est trop limitative. Elle demande la capacité de prédire la tenue d'un « mégaprocès » et ensuite de présenter une motion pour obtenir une déclaration à cet effet, sur la foi des caractéristiques apparentes de l'affaire. L'expérience du système de justice ne correspond pas à cette vision limitée du « mégaprocès ». En fait, de nombreuses causes se transforment en « mégaprocès » seulement par la façon dont elles sont menées par les parties[93]. Une affaire d'homicide relativement simple peut se transformer en long cauchemar de quatre ou six ans, par la façon dont les parties choisissent de la traiter[94]. C'est pourquoi il faut dès le départ soumettre toutes les causes majeures à un contrôle et à une gestion judiciaires, afin de les *empêcher* de devenir des « mégaprocès ».

En résumé, le problème de la proposition du groupe de travail, c'est qu'elle *ajoute* de nouvelles procédures complexes au *Code criminel*, alors qu'une simple modification suffit pour *éliminer* les lourdeurs actuelles. Le problème repose fondamentalement sur l'article 645, et sur la jurisprudence connexe de la Cour suprême du Canada, qui exigent tous deux que les motions préliminaires soient entendues par le « juge de première instance ». Si l'on éliminait cette restriction, et qu'en lieu et place on accordait simplement au tribunal le pouvoir discrétionnaire de désigner un « juge de première instance » ou un « juge présidant la conférence préparatoire » qui détienne de véritables pouvoirs, le système aurait alors la souplesse voulue pour gérer efficacement toutes ses causes majeures. Notre proposition, tout comme la loi anglaise, est à la fois plus simple et plus inclusive.

En conclusion sur ce point, nous aimerions répéter que nous appuyons l'objectif fondamental des propositions du groupe de travail, en l'occurrence, celui de conférer des pouvoirs au juge chargé de la gestion de l'instance aux étapes préliminaires, tout en éliminant l'exigence contraignante voulant qu'il soit saisi aussi du procès. Nous ne sommes en désaccord qu'avec la procédure recommandée pour y parvenir.

---

[93] Le juge Michael Moldaver, « Long Criminal Trials: Masters of a System They are Meant to Serve » (2006), 32 C.R. (6e) 316.

[94] Certaines de nos quatre études de cas illustrent ce fait.

Recommandation n° 12 :

Les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de la Justice devraient adopter la proposition du Groupe de travail FPT sur la procédure criminelle relative aux « mégaprocès », pour édicter des lois créant de véritables pouvoirs de gestion des instances aux étapes préparatoires, mais devraient seulement modifier l'article 645 pour atteindre cet objectif. L'article 40 de la *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (Royaume-Uni) constitue un bon modèle.

F. Les pouvoirs de gestion des causes conférés au juge de première instance en common law et le besoin de connaissances précises dans ce domaine

Si l'on accepte les recommandations qui précèdent, le dossier sera entre les mains d'un juge qui aura le pouvoir de prendre des décisions aux étapes préliminaires. De plus, le « procès » aura officiellement débuté aussitôt qu'un des juges du tribunal de première instance commencera à entendre les motions et rendre des décisions.

Cette amélioration a des effets importants, parce qu'en common law le « juge de première instance » détient d'importants pouvoirs de gestion des instances, autant lorsqu'il entend des motions à l'étape préliminaire que lorsqu'il entend la preuve au procès. Tous les tribunaux de première instance, qu'il s'agisse de cours créées par la loi ou de cours supérieures, ont le pouvoir implicite de contrôler leurs propres procédures et de garantir un procès équitable. C'est à partir de ce pouvoir élargi que la common law a élaboré un nombre croissant de mesures de réparation conçues pour assurer l'équité et l'efficacité des processus judiciaires[95].

Nous désirons insister sur ces pouvoirs propres à la common law parce qu'ils sont souvent oubliés. En outre, certains juges semblent réticents à l'idée de les exercer, peut-être par crainte d'une révision en appel. Parmi ces pouvoirs, mentionnons ceux de demander des avis de motion suffisants et par écrit pour donner au tribunal et à l'avocat de la partie adverse

---

[95] *R. c. Romanowicz* (1999), 138 C.C.C. (3d) 225, p. 244-249 (C.A. Ont.); *Canadian Broadcasting Corp. c. A-G New Brunswick* (1996), 110 C.C.C. (3d) 193, p. 208 (C.S.C.); *R. c. Jewitt* (1985), 21 C.C.C. (3d) 7 (C.S.C.); *U.S.A. c. Shulman* (2001), 152 C.C.C. (3d) 294, p. 308-309 (C.S.C.); *R. c. Felderhof* (2003), 180 C.C.C. (3d) 498, p. 517-520 (C.A. Ont.); *R. c. Church of Scientology of Toronto* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C.J. Ont.)

le temps de se préparer; demander les documents à l'appui d'une motion, dont les arguments juridiques par écrit et une offre de preuve, de sorte que le bien-fondé éventuel de cette motion puisse être examiné de façon convenable; rejeter sommairement les motions manifestement mal fondées afin de ne pas faire perdre le temps des tribunaux; fixer des échéances aux plaidoiries pour favoriser une défense des droits disciplinée et ciblée; exiger que les motions soient plaidées d'après un dossier écrit, comme la transcription d'une enquête préliminaire ou les déclarations d'un témoin, et sans témoignage de vive voix, dans les affaires où la crédibilité ne constitue pas un facteur dont il faut tenir compte pour la motion; prescrire l'ordre des motions; remettre à plus tard des décisions sur des motions, et même prescrire l'ordre de présentation de la preuve dans des cas exceptionnels, le tout afin d'assurer un déroulement efficace du procès[96].

Ces pouvoirs de common law sont des outils très efficaces de gestion judiciaire des instances parce qu'ils favorisent une pratique du droit efficiente, ciblée et bien préparée. Les tribunaux de première instance doivent s'en servir le cas échéant. Par exemple, le fait d'exiger des avis de motion suffisants, avec les documents à l'appui, oblige l'avocat à se préparer adéquatement et à s'assurer qu'un argument est défendable. Cela permet aussi à la partie adverse et au tribunal de se préparer pour la motion. Lorsque la motion en arrive à l'audition, si elle paraît faible ou fantaisiste, le tribunal devrait demander à l'avocat de préciser les énoncés de droit et de fait qui seraient formulés à la fin d'une audition entièrement couronnée de succès. Si ces énoncés de fait et de droit ne peuvent soutenir la réparation demandée, comme une suspension ou une exclusion de la preuve, alors il faudrait rejeter sommairement la motion.

Nous sommes conscients que pour exercer ces pouvoirs de gestion des instances il faut posséder des connaissances, des compétences et un jugement véritables dans des domaines complexes du droit. La plupart des participants à notre examen sont d'accord pour dire qu'il est nécessaire pour les juges assignés aux procès criminels longs et complexes, surtout à l'étape des motions préliminaires, de posséder des connaissances spécialisées en droit criminel, en droit de la preuve et en procédure pénale. Ils doivent aussi être disposés à

---

[96] *R. c. Felderhof, supra,* note 95, p. 526-537; *R. c. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.); *R. c. Loveman* (1992), 71 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.); *R. c. Leduc* (2003), 176 C.C.C. (3d) 321, p. 343-349 (C.A. Ont.); *R. c. Pires and Lising, supra,* note 5; *R. c. Grundy* (2008), 231 C.C.C. (3d) 26 (C.A. Ont.).

s'engager pleinement dans une gestion active et proactive de l'instance. Telle est la conséquence inévitable des changements radicaux à la procédure pénale et au droit de la preuve soulignés au Chapitre 2. Le rapport du comité consultatif du juge en chef de l'Ontario a reconnu cette réalité moderne, en affirmant ce qui suit[97] :

> [TRADUCTION]
> Dans certains cas, les juges désignés n'ont que peu d'expérience en droit criminel, surtout en matière de poursuites complexes, ce qui prolonge invariablement les procès... Étant donné l'importance plus grande accordée aux conférences préparatoires judiciaires, il est essentiel que, dans la mesure du possible, les juges désignés pour présider aux conférences préparatoires soient expérimentés, connaissent le droit criminel et y trouvent intérêt.

Il importe de mentionner le pouvoir de gestion judiciaire des instances consistant à contrôler les interrogatoires et contre-interrogatoires indûment prolixes. Les pouvoirs de common law décrits ci-dessus tirent leur origine de la compétence des tribunaux de première instance qui leur permet d'assurer un processus équitable, efficient et efficace. Les interrogatoires et contre-interrogatoires excessivement longs compromettent toutes ces valeurs, et constituent une médiocre pratique du droit qui ne fait pas avancer la cause. En common law, le juge de première instance est clairement habilité à réprimer et à empêcher la tendance à « répéter inutilement »[98]. La question la plus difficile est celle de savoir si le juge de première instance peut imposer des délais. Il est clair que l'argumentation sur les questions de droit peut se voir imposer une durée limitée[99]. En général, d'après l'expérience des tribunaux et du barreau, les délais réglementaires favorisent une meilleure pratique du droit, tant qu'ils sont raisonnables. Tout argument a ses points faibles et ses points forts. Un délai force l'avocat à se concentrer sur les points forts. Ils produisent aussi un effet dissuasif intrinsèque contre la répétition.

---

[97] *Supra*, note 78, paragr. 47 et 176. La récente enquête *Lamer* dans le cas de trois condamnations injustifiées à Terre-Neuve a souligné de façon similaire le besoin d'une [TRADUCTION] « expérience expertise en droit criminel » et a recommandé aux « juges en chef d'être prudents au moment d'assigner les juges aux procès criminels complexes ». *The Lamer Commission of Inquiry Pertaining to the Cases of: Ronald Dalton, Gregory Parsons, Randy Druken* (Rapport), p. 164.
En ligne : http://www.justice.gov.nl.ca/just/lamer/LamerReport.pdf
[98] *R. c. Lyttle* (2004), 180 C.C.C. (3d) 476, p. 488 (C.S.C.).
[99] *R. c. Felderhof*, *supra*, note 95, p. 526.

Nous croyons que les mêmes principes généraux s'appliquent aux interrogatoires et aux contre-interrogatoires de témoins. Chaque interrogatoire et contre-interrogatoire comporte des points forts et des points faibles, et la plupart des avocats s'adonnent à un certain degré de répétition. Quant aux délais imposés à l'argumentation sur les questions de droit, les délais imposés aux interrogatoires et aux contre-interrogatoires encourageraient les avocats à se concentrer sur les points forts et à éviter la répétition. Nous constatons aussi qu'un phénomène est apparu en Ontario dans certains procès longs et complexes où l'avocat, que ce soit pour la Couronne ou la défense, interroge et contre-interroge des témoins pendant des périodes de 10, 15 et 20 jours. Outre le fait qu'il s'agit d'une terriblement mauvaise pratique du droit, elle ne peut dans aucun cas être justifiée.

Toute discussion sur la question de prescrire des délais à l'interrogatoire principal ou au contre-interrogatoire doit partir de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Bradbury*, en 1973. La Cour avait affirmé ce qui suit[100] :

> [TRADUCTION]
> Une plainte s'est élevée parce qu'après qu'un des enquêteurs a subi un très long contre-interrogatoire, lequel s'est avéré exhaustif et épuisant, le juge de première instance a prévenu l'avocat de la défense qu'il ne lui accorderait qu'un certain nombre de minutes pour terminer son contre-interrogatoire, tout en lui indiquant clairement qu'il n'avait pas un droit absolu de poursuivre indéfiniment.
> On ne saurait remettre en cause le droit, et bien sûr la responsabilité, du juge de première instance de contrôler la procédure en cours pour prévenir une conduite pouvant bien s'avérer ou devenir un abus du processus judiciaire. Il faut cependant les exercer avec prudence, afin de n'entraver d'aucune façon le droit du défendeur de faire subir à tout témoin, par l'intermédiaire de son avocat, l'épreuve du contre-interrogatoire de sa déposition. Le refus de questions jugées inappropriées, comme pouvant permettre l'introduction de preuve par ouï-dire, ou comme étant sans pertinence, ou pour la protection d'un témoin contre le harcèlement injustifié, relève de la compétence du juge de première instance.
>
> Nous ne considérons pas qu'il soit permis d'imposer préalablement des restrictions sur la durée du contre-interrogatoire (*souligné par nous*). Le juge de première instance

[100] (1973), 14 C.C.C. (2d) 139 (C.A. Ont.). Voir aussi : *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310 (C.A. Man.); *R. c. Roulette* (1972), 7 C.C.C. (2d) 244 (B.R. Man.).

> devrait rendre ses décisions au moment où les questions sont posées ou sur le point de l'être, et devrait se limiter à la pertinence de la ou des questions en cause. Cependant, la transcription révèle qu'en dépit des menaces d'y mettre fin, le contre-interrogatoire a, dans la plupart des cas, largement dépassé les limites annoncées, et rien n'indique qu'un aspect pertinent a été négligé à la suite d'une décision inappropriée de la part du juge de première instance.

On se demande si, aujourd'hui, la Cour d'appel se prononcerait d'une façon aussi catégorique que dans la portion soulignée du jugement précédent. En 1973, lorsque l'affaire *Bradbury* a fait l'objet d'une décision, le pouvoir de gestion de l'instance en common law n'était pas aussi élaboré que de nos jours. Comme l'affirme le juge Rosenberg dans *Felderhof*, environ 30 ans après le jugement *Bradbury*, une gestion de l'instance nettement plus énergique est devenue une nécessité moderne parce que le procès criminel a tellement changé[101] :

> [TRADUCTION]
> Quelles qu'aient pu être les situations passées, il n'est plus possible de considérer le juge de première instance comme à peine plus qu'un arbitre devant demeurer passif pendant que les avocats mènent l'affaire à leur propre guise (*souligné par nous*). Jusqu'à tout récemment, un long procès durait une semaine, peut-être deux. De nos jours, il n'est plus rare que des procès se poursuivent pendant plusieurs mois, sinon des années. Au début du procès ou pendant son déroulement, l'avocat peut prendre des décisions qui le prolongent indûment ou l'entraînent vers une procédure presque impossible à gérer. L'administration de la justice serait compromise si le juge de première instance n'avait pas le pouvoir d'intervenir au moment opportun, et comme ce juge de première instance, après avoir entendu les observations, ne bénéficiait pas du pouvoir de formuler les directives nécessaires pour assurer que le procès se déroule de façon ordonnée. Je ne considère pas ce pouvoir comme étant limité et découlant seulement du pouvoir d'intervenir confié au tribunal pour prévenir les abus de procédure. Ce pouvoir provient plutôt de la compétence inhérente du tribunal à contrôler ses propres procédures.

À l'époque de *Bradbury*, aucun membre de la Cour d'appel n'aurait jamais imaginé que les avocats seraient autorisés à interroger ou à contre-interroger un seul témoin pendant 10, 15 ou 20 jours. Nous estimons probable, dans le nouveau contexte juridique

---

[101] *Supra*, note 95, p. 518.

contemporain, qu'il soit nécessaire de revoir la décision *Bradbury*, et que ce sera fait à un moment donné.

Quoi qu'il en soit, ce que *Bradbury* interdit expressément, c'est de fixer d'avance un délai à l'interrogatoire ou au contre-interrogatoire d'un témoin par l'avocat. Il n'interdit pas à un juge de première instance de discuter avec l'avocat de la durée prévisible de son interrogatoire et de lui fixer ensuite un objectif raisonnable, mais non contraignant. Si le témoin est difficile ou évasif ou bavard, ou si une nouvelle question surgit inopinément lors du témoignage du témoin, il est possible de revoir l'objectif[102]. Nous croyons que la plupart des avocats travaillent bien selon cette discipline. Dans les rares cas où un avocat refuse ou n'est pas en mesure de se conformer à un objectif non contraignant, la Cour d'appel devra déterminer si cela constitue une application raisonnable du pouvoir moderne de gestion de l'instance. Nous constatons que les membres actuels de la Cour d'appel, lorsqu'ils mènent des

---

[102] Nous comprenons qu'au Royaume-Uni s'est instaurée une pratique selon ce modèle dans les causes longues et complexes. Voir : *The Runciman Report*, *supra*, note 32, p. 121-122 et *Protocol for Control and Management of Heavy Fraud and Other Complex Cases*, *supra*, note 64. Ce protocole stipule que le juge de première instance devrait établir [TRADUCTION] « un objectif clair à viser pour compléter le témoignage de chaque témoin ». Il a été publié en 2005 par le Lord chef de justice, et il s'appuie sur une décision antérieure de la Cour d'appel (section criminelle), *R. c. Chaaban*, [2003] EWCA Crim 1012, où la Cour avait affirmé : [TRADUCTION]

> « Nous devons aussi nous demander si l'affaire a été quelque peu précipitée, une observation qui permet à ce tribunal de mettre en lumière une récente modification importante, peut-être moins annoncée qu'elle aurait dû l'être, voulant que désormais, dans le cadre de sa responsabilité de gérer le procès, le juge soit tenu de gérer le temps disponible et de contrôler l'emploi que l'on en fait. Le temps n'est pas illimité. Personne ne doit s'imaginer que les procès peuvent se poursuivre aussi longtemps ou prendre tout le temps que l'une ou l'autre des parties peut souhaiter, sinon les deux, ou dont elles pensent ou prétendent avoir besoin (*souligné par nous*).
>
> Le droit à un procès équitable n'est pas incompatible avec un contrôle judiciaire approprié de l'utilisation du temps. Au risque d'énoncer une évidence, chaque procès qui prend plus de temps que raisonnablement nécessaire est un gaspillage de ressources limitées. Il cause également des retards de justice aux affaires qui continuent d'attendre leur procès, ajoutant à la tension et la détresse des victimes, des défendeurs, en particulier ceux en détention qui attendent leur procès, et aux témoins. Par-dessus tout, ils n'aident d'aucune façon le jury à rendre un vrai verdict fondé sur la preuve.
>
> En principe, le juge de première instance devrait exercer un contrôle ferme sur l'emploi du temps, lorsque nécessaire, en énonçant clairement au préalable et tout au long du procès que le temps alloué sera assujetti à des restrictions appropriées. Avec une telle impartialité et souplesse nécessaires qu'exigent les intérêts de la justice pendant le déroulement de l'affaire, le juge a le droit d'ordonner que le procès doive se conclure à une date précise, et d'utiliser ses pouvoirs pour s'assurer que ce soit le cas (*souligné par nous*). »

Pour des décisions canadiennes où des limites ou objectifs ont été fixés, voir : *R. c. Smith* [1996] O.J. N° 1980 (C.J.O.); *Pereira c. Pereira* [1988] B.C.J. N° 1949 (B.C.C.A.); *R. c. Fabrikant* (1995), 97 C.C.C. (3d) 544 (C.A.Q.). Des propositions similaires concernant [TRADUCTION] « des limites de temps pour l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de témoins et pour les exposés des avocats » ont été faites en Australie. Voir *Report of the Working Group on Criminal Trial Procedure*, *supra*, note 32, p. 61.

enquêtes publiques, ont imposé à la durée des interrogatoires d'avocats ces types d'objectifs non contraignants et que ceux-ci ont bien fonctionné. Nous croyons qu'il s'agit du meilleur outil disponible pour contrôler la prolixité extraordinaire qui s'est manifestée dans certains procès longs et complexes.

Dans les deux prochains chapitres, nous nous pencherons sur des moyens administratifs de réglementer et de prévenir les pratiques inefficientes et inefficaces des avocats, par exemple, par les processus de l'aide juridique, mais il s'agit là d'une question distincte des pouvoirs du juge de première instance.

Recommandation n° 13 :

Il faudrait considérer les connaissances spécialisées comme une nécessité dans les causes criminelles longues et complexes. Plus particulièrement, il faudrait que les juges affectés à ces causes soient compétents et bien renseignés sur l'exercice de leurs divers pouvoirs de gestion de l'instance en common law et sur l'application de ces pouvoirs aux motions préliminaires. Ces pouvoirs sont des outils efficaces qui incitent les avocats à être bien préparés, concentrés et efficients, et la magistrature devrait les utiliser au besoin. Ces pouvoirs sont décrits dans le texte qui précède, mais il ne s'agit pas d'une liste close. Ces pouvoirs découlent tous de la compétence étendue du juge de première instance permettant à celui-ci de s'assurer que le procès est mené de façon équitable, efficiente et efficace. Avec le temps, cette compétence sera exercée de nouvelle manière, dans la tradition de la common law, en fonction de l'évolution et de nouvelles circonstances. L'élaboration d'objectifs raisonnables et non contraignants que doivent viser les avocats pour procéder à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire de témoins, fait partie des exercices de cette compétence étendue. À cet égard, l'Institut national de la magistrature devrait poursuivre ses programmes de formation des juges, et les améliorer.

G. La gestion judiciaire des instances à la Cour de l'Ontario lorsque la cause en est à l'enquête préliminaire

Les recommandations qui précèdent s'appliquent également à la Cour de justice de l'Ontario et à la Cour supérieure. Quel que soit le tribunal où l'accusé est jugé, il est

nécessaire que ce tribunal de première instance ait le pouvoir de prendre des décisions anticipées sur les motions préliminaires et qu'il exerce, du début à la fin, les pouvoirs de gestion de l'instance issus de la common law.

La plupart des affaires longues et complexes en Ontario ne se rendront pas immédiatement devant le tribunal de première instance, mais subiront d'abord une enquête préliminaire à la Cour de justice de l'Ontario. Il est nécessaire d'examiner séparément le rôle de la Cour de justice de l'Ontario dans la gestion des affaires longues et complexes qui passent par l'enquête préliminaire avant le procès en Cour supérieure.

Nous ne croyons pas que l'idée d'accroître les pouvoirs accordés aux juges de la Cour de l'Ontario de trancher les motions préliminaires dans ces affaires jouisse de solides appuis. Par exemple, à l'heure actuelle, le juge présidant l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour se prononcer sur les litiges en matière de divulgation pouvant retarder une affaire[103]. À ce sujet, le droit actuel peut sembler à première vue rigide, inefficace et nécessiter une réforme. Cependant, un certain nombre des juges de la Cour de l'Ontario ont soutenu de façon convaincante qu'il serait contre-productif d'augmenter le nombre total de litiges soumis à leur tribunal, en modifiant la loi, par exemple, de façon à permettre de rendre des décisions sur la divulgation au cours de l'enquête préliminaire. Ils ont également fait valoir qu'il est important d'encourager les parties à résoudre leurs litiges en matière de divulgation, après avoir reçu certains conseils en médiation à une conférence préparatoire de la Cour de l'Ontario. Nous souscrivons à ces arguments et ne recommandons pas d'accroître de quelque façon les compétences de la Cour dans ce domaine. Bien entendu, nous félicitons les juges de la Cour de l'Ontario des efforts qu'ils déploient pour donner une orientation et des directives en matière de divulgation. Si les parties ne parviennent pas à résoudre un différend grave en matière de divulgation pendant le déroulement d'une enquête préliminaire devant la Cour de l'Ontario, il est du moins possible de se présenter devant la Cour supérieure qui peut toujours accorder un redressement fondé sur la *Charte*[104].

---

[103] *R .c. Mills, supra,* note 87, p. 492-493; *R. c. S (S), supra,* note 89, p. 487-488 C.C.C.; *R. c. Girimonte, supra,* note 61, p. 43; *R. c. Seaboyer et Gayme* (1991), 66 C.C.C. (3d) 321, p. 410-413 (C.S.C.).
[104] *R. c. Girimonte, supra,* note 61; *R. c. Blencowe, supra,* note 41; *R. c. Hallstone Products Ltd. et al, supra,* note 40.

À l'heure actuelle, le cadre juridique de la gestion judiciaire des instances devant la Cour de l'Ontario, pour une cause se trouvant à l'étape de l'enquête préliminaire, compte deux voies séparées. Dans l'éventualité où la loi ne serait pas modifiée à cet égard, comme nous le recommandons, nous aimerions formuler un bref commentaire sur la meilleure façon d'utiliser ce cadre juridique.

La première voie est la « conférence préparatoire » traditionnelle établie depuis 1985 par l'article 625.1. Dans toute cause longue et complexe, et avant de fixer une date d'enquête préliminaire, la Cour de l'Ontario exerce ses pouvoirs prévus par cette disposition en convoquant les parties à une « conférence » afin de discuter d'une résolution de la cause et de toute autre question pouvant « favoriser un procès équitable et rapide ». Les participants nous ont avisés à plusieurs reprises que les juges de la Cour de l'Ontario ont connu beaucoup de succès en se prévalant de ces « conférences préparatoires » pour soit résoudre complètement des causes longues et complexes, ou pour limiter considérablement les questions en litige. Dans une affaire de très grande importance relative à un gang dans laquelle au départ, des accusations de 275 infractions criminelles étaient portées contre 71 accusés, un juge s'est servi de ses compétences en médiation pour résoudre la plupart des accusations contre la plupart des accusés au moyen de plaidoyers de culpabilité, d'engagements de ne pas troubler la paix dans une organisation criminelle ou de retraits. Grâce à ces efforts, le système judiciaire a pu s'épargner des mois, sinon des années de temps de procès, assurer une prompte justice aux accusés et à la communauté et concentrer étroitement et efficacement la cause sur les quelques accusés restants qui désiraient subir une enquête préliminaire et un procès. Un autre juge a négocié une renonciation à l'enquête préliminaire et à des plaidoyers de culpabilité finals de tous les accusés dans une affaire très grave de crime organisé comportant des coups de feu sur un passant innocent. Il a convaincu les parties que la procureure de la Couronne devrait présenter sa preuve à la « conférence » par *PowerPoint*, avec des pièces vidéo et audio accompagnant cette présentation. Il a ensuite demandé à la procureure de la Couronne de refaire l'exercice devant les accusés. Dès que les accusés ont constaté la solidité de la preuve de la Couronne, des plaidoyers de culpabilité ont rapidement été déposés, ce qui encore une fois a permis au système de justice d'éviter une enquête préliminaire et un procès, tous deux de très longue durée, et à la victime de trouver un apaisement.

Nous ne saurions rendre à ce genre d'initiatives tout l'hommage qu'elles méritent. Elles constituent l'utilisation la plus optimale des modifications de 1985 au *Code criminel* et il faut les poursuivre. Nous désirons surtout encourager le type de créativité démontrée par la présentation *PowerPoint*. Une conséquence néfaste et imprévue de la grande portée de la divulgation *Stinchcombe* est que la défense reçoit maintenant tellement de documents qu'elle ne parvient plus toujours à discerner l'essentiel de la thèse de la Couronne. Le dossier de la Couronne sous sa forme traditionnelle, bien que beaucoup plus limité que les exigences de l'arrêt *Stinchcombe*, avait au moins l'avantage d'énoncer clairement les points essentiels de la thèse de la Couronne. En utilisant la « conférence » de l'article 625.1 comme véhicule pour permettre à la Couronne d'expliquer et de décrire sa thèse, sous cette forme percutante et dramatique, le juge a aidé les parties à mieux comprendre sa thèse.

Il en ressort que nous estimons que la Cour de l'Ontario utilise avec beaucoup d'habileté et d'efficacité les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 625.1 dans les causes longues et complexes dont la date d'enquête préliminaire est fixée. Ceux qui préconisent un usage plus fréquent des mises en accusation directes dans les causes longues et complexes devraient songer soigneusement aux avantages obtenus lors d'un passage à la Cour de l'Ontario où l'on restreint et organise radicalement le dossier, de sorte que le procès subséquent soit beaucoup mieux ciblé.

La deuxième voie de la gestion judiciaire des instances à la Cour de l'Ontario, pour une cause qui arrive à l'enquête préliminaire, est tracée par les nouveaux pouvoirs prévus aux articles 536.4, 540(7) et 540(9). Il s'agit de récents ajouts au *Code criminel*, que l'on a adoptés en 2002. Seul peut les exercer le juge « qui tiendra l'enquête préliminaire » alors que la « conférence » prévue par l'article 625.1 a généralement lieu devant un juge qui ne tient pas l'enquête préliminaire. Ces nouvelles modifications prévoient une audience pour permettre de « cerner les points faisant l'objet de témoignages [...] désigner les personnes qui seront appelées à témoigner à l'enquête [...et] toute question qui favoriserait une enquête rapide et équitable ». Ce prétendu pouvoir de « tenue d'une audience de préparation à l'enquête » de l'article 536.4, si on l'interprète comme étant consultatif et non directif, ferait complètement double emploi avec la « conférence » consacrée par l'article 625.1. Ce qui pourrait distinguer l'« audience de préparation à l'enquête » de la « conférence » est que le juge de l'enquête préliminaire possède aussi les pouvoirs prévus au paragraphe 540(7) de se passer de certains

témoins de vive voix et d'admettre leur témoignage par ouï-dire à l'enquête préliminaire. On peut supposer que le Parlement avait l'intention d'établir une certaine relation entre les deux dispositions afin que le juge discerne « les personnes qui seront appelées à témoigner » au moment de tenir l'« audience de préparation à l'enquête » prévue à l'article 536.4, et serait ensuite en mesure de décider lors de la motion préliminaire que la déposition de tout autre témoin pourrait être admise par ouï-dire à l'enquête préliminaire, conformément au paragraphe 540(7), pourvu que les déclarations aient été « plausibles ou dignes de foi ».

Il s'agit là d'importants pouvoirs de gestion de l'instance qui complètent la « conférence » de l'article 625.1 parce que le juge de l'enquête préliminaire a le pouvoir de rendre des décisions permettant d'abréger et de cibler l'enquête préliminaire, dans la mesure où l'on utilise les nouveaux pouvoirs de l'article 536.4 et du paragraphe 540(7) de façon complémentaire, ou que l'on interprète l'article 536.4 comme consacrant le pouvoir de désigner « les personnes qui seront appelées à témoigner à l'enquête ». Le juge qui préside la « conférence » prévue à l'article 625.1 ne détient pas ces pouvoirs et ne peut qu'essayer de convaincre les parties de se montrer raisonnables.

La plupart des observations que nous avons reçues de tous les participants déploraient que l'on n'utilise pas efficacement les nouveaux pouvoirs de « tenue d'une audience de préparation à l'enquête ». De fait, il semble que dans certains cas et dans certaines juridictions on n'en fasse aucun usage. Les orientations données lors de l'« audience de préparation à l'enquête », s'il en est, sont vues comme un peu plus qu'un conseil offert aux parties. Elles ne sont pas considérées comme des ordonnances exécutoires du tribunal. En d'autres mots, la nouvelle « audience de préparation à l'enquête » ajoute très peu à ce que la « conférence » fait déjà. Dans les cas où on l'utilise, elle ne constitue qu'un double fardeau pour les avocats et ne semble pas faire avancer le dossier.

Nous croyons qu'il existe une ou deux façons possible de faire fonctionner efficacement les « audiences de préparation à l'enquête ». Premièrement, la Cour de l'Ontario pourrait élaborer un ensemble de règles pour régir l'« audience de préparation à l'enquête » en conformité avec le paragraphe 482.1(1), après quoi « toute instruction donnée au titre d'une règle établie » aurait la même force exécutoire qu'une ordonnance du tribunal. Les parties seraient obligées de s'y « conformer » en raison du paragraphe 482.1(2). Il apparaît clairement

que l'article 536.4 permet d'établir des règles de procédure en vertu de l'article 482.1, mais aucune règle n'a encore été créée.

L'autre façon de donner une véritable efficacité à l'« audience de préparation à l'enquête » est de combiner ses pouvoirs avec ceux concernant l'admissibilité du ouï-dire du paragraphe 540(7). Toute règle établie lors de l'« audience de préparation à l'enquête » visant à limiter le nombre de témoins de vive voix pourrait également autoriser les déclarations par ouï-dire provenant d'autres témoins, ou ordonner qu'un enquêteur spécial interroge certains témoins avec le juge en place pour rendre toute décision judiciaire nécessaire. Il serait possible de réexaminer ces décisions par la suite, si les circonstances devaient changer de façon notable. Pour réellement exercer les pouvoirs prévus au paragraphe 540(7) lors d'une « audience de préparation à l'enquête » selon l'article 536.4, il faudrait que le juge interpelle l'accusé et commence officiellement l'enquête préliminaire afin de déclencher l'article 540 qui s'applique seulement lorsqu'un juge « tient une enquête préliminaire ». Une autre façon de procéder consiste pour le juge à indiquer simplement lors de l'« audience de préparation à l'enquête » la décision qu'il ou elle est susceptible de rendre, sous le régime du paragraphe 540(7) à la date éventuelle où débutera l'enquête préliminaire, sous réserve de tout important changement de circonstances.

Nous constatons que si l'« audience de préparation à l'enquête » devenait plus efficace comme outil de gestion de l'instance, de l'une des deux façons évoquées ci-dessus, alors le tribunal pourrait évaluer plus précisément le nombre de jours d'audience nécessaires pour terminer l'enquête préliminaire. Il s'agirait là d'un progrès important, étant donné que la Cour de l'Ontario éprouve à l'heure actuelle des difficultés à permettre aux juges et aux tribunaux de siéger de façon continue lorsque commence une cause longue et complexe. Nous avons déjà abordé ce problème à la Recommandation n° 9, et rappelons à quel point il est important que ces causes ne soient pas retardées par une affectation du juge à un autre tribunal ou à une autre cause.

Par conséquent, nous recommandons que le juge des « audiences de préparation à l'enquête » émette une ordonnance exécutoire sur le nombre de témoins qui seront entendus lors de l'enquête préliminaire. De plus, si l'on suit la Recommandation n° 13 et que l'on établit des objectifs souples pour obtenir la déposition de chaque témoin, la Cour sera en mesure

d'estimer de façon beaucoup plus précise le temps nécessaire à l'enquête préliminaire. Si cette première évaluation est raisonnablement exacte, il y aura probablement moins d'ajournements pour terminer l'enquête préliminaire à une date ultérieure. Nous encourageons fortement la Cour de l'Ontario à utiliser ses pouvoirs pour diriger l'enquête préliminaire. La Cour éprouve des difficultés à siéger de façon continue dans des causes longues et complexes, et si l'on n'a pas prévu suffisamment de temps, des ajournements en résultent. Par conséquent, la Cour doit se servir efficacement de tous ses outils de gestion de l'instance et prévoir une période de temps suffisante pour réaliser l'enquête sans ajournement.

Il ressort que notre recommandation préconise que l'on utilise le pouvoir d'« audience de préparation à l'enquête » d'une manière similaire à celle que nous avons recommandée pour les motions préliminaires présentées au tribunal de première instance. Il faut conférer aux juges chargés d'entendre les motions préalables le pouvoir de prendre des décisions exécutoires qui vont plus loin que les « conférences » de l'article 625.1 et leur seul pouvoir de persuasion. De façon similaire, il faut conférer aux juges des « audiences de préparation à l'enquête » le pouvoir de prendre des décisions exécutoires. De cette façon, le juge présidant la conférence préparatoire prendra vraiment le procès en charge et l'orientera, et le juge de l'audience de préparation à l'enquête prendra vraiment l'enquête préliminaire en charge et l'orientera. Aucune des deux procédures ne devrait dépendre de la bonne volonté ou du caractère raisonnable d'un avocat.

Il convient de préciser qu'il faudra nommer très tôt le juge de l'enquête préliminaire d'une cause longue et complexe, après la fin de la « conférence » de l'article 625.1, mais avant que soit fixée la date de l'enquête préliminaire. Il est important de faire de l'« audience de préparation à l'enquête » un outil efficace et assorti de pouvoirs réels pour déterminer, selon les diverses façons énoncées ci-dessus, la durée prévisible de l'enquête préliminaire. Si elle devient un mécanisme efficace de gestion de l'instance, alors il ne faudrait pas fixer la date de l'enquête préliminaire avant que le juge nommé à l'enquête préliminaire ait mené cette « audience de préparation à l'enquête ». Nous croyons comprendre que la Cour de l'Ontario est en mesure de désigner un juge pour mener une enquête préliminaire longue et complexe dès les premières étapes de la cause, et avant de fixer la date de l'enquête préliminaire.

Finalement, nous recommandons vivement la pratique de « conférences préparatoires à la sortie » à la fin d'une enquête préliminaire. Un juge de la Cour de l'Ontario qui a entendu une bonne partie de la preuve est très bien placé pour faciliter les discussions de règlement. Dans les affaires longues et complexes, après la décision de renvoyer l'accusé à procès, mais avant de signer l'ordonnance de renvoi, la norme devrait être que le juge aide les parties à tenter de résoudre le dossier. À cette étape où l'arrivée d'une cause longue et complexe est imminente, la Cour de l'Ontario devrait également en alerter le juge administratif de la Cour supérieure.

Recommandation n° 14 :

Dans les causes longues et complexes à la Cour de l'Ontario, nous recommandons la pratique de « conférences préparatoires » avant de fixer la date de l'enquête préliminaire, pour permettre d'aborder le règlement du dossier, et de cerner et réduire les questions en litige. Nous recommandons particulièrement une utilisation nouvelle et créative des pouvoirs traditionnels de l'article 625.1, comme intimer la Couronne de présenter sa thèse sous forme de résumé pour mieux informer l'avocat et l'accusé sur la façon dont elle établira sa preuve et sur la solidité du dossier, en supposant qu'il s'agisse d'un dossier bien étoffé. De façon similaire, nous recommandons la pratique de la « conférence préparatoire à la sortie » à la conclusion de l'enquête préliminaire, avec avis à la Cour supérieure de l'arrivée imminente d'une cause longue et complexe.

Recommandation n° 15 :

Il faut mettre en vigueur l'« audience de préparation à l'enquête » prévue à l'article 536.4 pour qu'à la fin de l'audience on rende des ordonnances exécutoires, plutôt que de simples conseils et tentatives de persuasion qui constituent une répétition de la « conférence » décrite à l'article 625.1. Cette amélioration pourra être réalisée selon une des deux façons suivantes :

(i) Il faudrait élaborer des règles de cour conformément à l'article 482.1, de sorte que toute « instruction donnée au titre d'une règle établie » quant aux « personnes qui seront appelées à

témoigner à l'enquête » ait la même force exécutoire qu'une ordonnance du tribunal. Il serait bien entendu possible de réexaminer l'ordonnance si les faits essentiels changeaient.

(ii) Les règles établies en vertu du paragraphe 540(7) devraient être prises conjointement avec l'« audience de préparation à l'enquête », de sorte que tous les témoignages de témoins autres que les « personnes qui seront appelées à témoigner à l'enquête » soient admis par ouï-dire, pourvu qu'ils soient « plausibles ou dignes de foi ».

Nous croyons que la première de ces deux solutions est la plus directe et la plus simple sur le plan procédural.

Recommandation n° 16 :

Une fois que l'« audience de préparation à l'enquête » a permis de déterminer le nombre de témoins devant être convoqués à l'enquête préliminaire, il faudrait fixer selon l'une des deux façons exposées ci-dessus des objectifs raisonnables pour faire déposer chaque témoin et permettre ainsi au tribunal d'évaluer avec une précision raisonnable le temps nécessaire pour terminer l'enquête préliminaire pendant une seule séance continue et sans ajournement.

H. Gestion de l'enquête sur le cautionnement

Il ne faut jamais oublier que la gestion judiciaire de l'instance commence avec l'enquête sur le cautionnement. On ne saurait trop insister sur l'importance de cette étape de la procédure. La police et la Couronne ont le devoir de prévenir le juge administratif de la Cour de l'Ontario de l'arrivée imminente à son tribunal de toute enquête de cautionnement complexe et de grande envergure. Il est nécessaire d'aviser adéquatement le juge administratif pour qu'il prévoie les locaux, le personnel et le temps qui sont nécessaires pour un traitement diligent d'un grand nombre de nouvelles et difficiles enquêtes sur le cautionnement, et ce, sans perturber le fonctionnement normal du tribunal des cautionnements. Nous avons le plaisir de

signaler que certains centres judiciaires ont entrepris des démarches pour officialiser ces types de modalités, et nous conseillons de les adopter dans toute la province.

L'élaboration de ces protocoles d'avis est survenue en raison d'expériences malheureuses dans un certain nombre de causes importantes où le système judiciaire n'a pu absorber l'afflux soudain de grands nombres d'enquêtes sur le cautionnement longues et complexes. Pour de nombreux accusés, les conséquences ont été d'énormes retards aux enquêtes sur le cautionnement. Un avis adéquat donne non seulement au juge administratif le temps de prévoir un tribunal approprié pour accueillir en temps voulu la cause importante et les enquêtes sur le cautionnement, mais il permet aussi de nommer un juge plutôt qu'un juge de paix aux enquêtes de cautionnement particulièrement difficiles. Finalement, nous constatons que de prévoir un vaste tribunal additionnel pour entendre une ou plusieurs enquêtes de cautionnement complexes, de façon diligente et sans perturber le fonctionnement normal du tribunal de cautionnement, peut bien nécessiter une certaine aide de la Cour supérieure pour qu'elle libère une de ses salles d'audience, moyennant un court préavis.

La Cour suprême du Canada a conclu récemment dans l'arrêt *Charkaoui* que l'article 9 de la *Charte* garantit un droit au contrôle judiciaire diligent de toute détention, même dans le contexte du droit non criminel propre au certificat de sécurité nationale utilisé pour détenir des ressortissants étrangers dans cette affaire. La Cour a unanimement invalidé ces dispositions, notamment parce qu'elles ne prévoyaient pas la tenue diligente d'une enquête sur le cautionnement[105] :

> L'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, une garantie qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention énoncée à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Les résidents permanents désignés dans un certificat ont droit à un contrôle automatique dans les 48 heures. [...] De plus, le *Code criminel* exige qu'une personne mise en état d'arrestation avec ou sans mandat comparaisse devant un juge dans un délai de 24 heures ou le plus tôt possible : art. 503(1). Ces dispositions révèlent à quel point la privation de liberté est considérée comme grave et peuvent servir de guide quant aux

[105] *Charkaoui et al c. le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, supra,* note 73, paragr. 91.

délais acceptables pour le contrôle de cette privation (*souligné par nous*).

En conclusion sur ce point, la police, la Couronne, les avocats de la défense et les deux niveaux de tribunaux de première instance doivent collaborer et coordonner leurs efforts pour veiller à ce que tous les accusés dans une affaire vaste et complexe aient promptement accès à une enquête sur le cautionnement, ce qui leur est garanti par la *Charte*.

Recommandation n° 17 :

La police ou la Couronne doit prévenir le juge administratif de la Cour de l'Ontario de l'arrivée imminente dans son administration de toute enquête sur le cautionnement vaste et complexe. Le juge administratif doit alors faire des démarches pour prévoir des locaux, du personnel et du temps des tribunaux qui soient suffisants et disponibles pour la tenue raisonnablement diligente d'une enquête sur cautionnement dans la ou les causes, également désigner un juge au besoin, et dans les cas nécessaires, s'entretenir avec la Cour supérieure au sujet des salles d'audience libres. Il faudrait effectuer ces démarches sans perturber le fonctionnement normal du tribunal de cautionnement ni lui imposer des exigences déraisonnables.

I. Le pouvoir d'exiger des aveux

1. Introduction

Un aspect discret de la gestion judiciaire des instances qu'il faut examiner séparément est la question des aveux. Dans le contexte des procès longs et complexes, les aveux ont l'effet important d'abréger et d'orienter grandement le procès. Par conséquent, ils procurent de nombreux avantages à l'administration et à la cause de la justice, parce qu'ils permettent d'assurer que le juge des faits ne perd pas de vue les questions importantes d'une affaire.

Depuis l'adoption en 1985 des « conférences » de l'article 625.1, un aspect traditionnel de la gestion de l'instance réside dans le fait qu'il incombe à l'appareil judiciaire de demander aux parties de cerner les véritables questions en litige. Ce processus est nécessaire, en partie

parce que les lois relatives aux plaidoiries en matière criminelle, à la différence de celles relatives aux plaidoiries en matière civile, n'exigent pas que la Couronne plaide des faits dans les documents d'accusation. Elles n'exigent pas non plus que les plaidoiries de la défense indiquent les faits allégués qui sont contestés[106]. Les nouvelles règles de la Cour supérieure de l'Ontario officialisent ce processus de « conférence préparatoire » pour discerner les questions en litige en exigeant que les parties déposent des formulaires détaillés de conférence préparatoire. Dans son formulaire, la Couronne doit exposer le « fondement probatoire » des accusations, et la défense doit ensuite indiquer les parties contestées de la thèse de la Couronne. Les parties doivent également aborder le sujet des aveux visant les éléments de la cause qui ne sont pas contestés, le tout avec l'aide d'un juge médiateur[107].

2. Obligations déontologiques de l'avocat

Nous estimons que ce processus de négociation des aveux met en jeu d'importantes obligations déontologiques. Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment au Chapitre 3, en analysant l'obligation *Stinchcombe* de résoudre les litiges relatifs à la divulgation, les avocats de la Couronne et de la défense sont des « officiers de justice » et les procureurs de la Couronne sont également des « ministres de la justice ». Tous deux ont des obligations qui exigent une allégeance envers la recherche de la justice, ce qui inclut une administration efficace de la justice. Si le procureur de la Couronne insiste pour faire comparaître chaque témoin et pour prouver chaque élément factuel, même ceux déjà admis, alors il n'agit pas de façon responsable. Si la défense insiste pour que la Couronne prouve chaque élément factuel, même en l'absence de fondement raisonnable pour les contester, alors l'avocat de la défense n'agit pas de façon responsable. Ces attitudes prolongent inutilement les procès, elles entravent le cours de la justice et contreviennent directement aux obligations des avocats.

---

[106] *Supra*, note 6, p. 447-448.
[107] *Supra*, note 78.

Dans l'arrêt de principe anglais sur le rôle de l'avocat à titre d'« officier de justice », *Rondel c. Worsley*, Lord Upjohn aborde indirectement la question des aveux lorsqu'il indique ce qui suit[108] :

> [TRADUCTION]
> En vue d'une bonne et diligente administration de la justice, l'avocat a également l'obligation de refuser de faire comparaître des témoins, même si son client le désire, s'il est d'avis que ces témoins ne feront en rien avancer la cause de son client ni retarder celle de son opposant. Il apparaît donc clairement que l'avocat se trouve dans une position très particulière et est lié à une obligation non seulement envers son client, mais aussi envers la bonne administration de la justice. C'est en raison de son devoir envers le tribunal et dans l'intérêt public qu'il doit adopter cette attitude.

Le juge Rosenberg a formulé la même observation dans l'arrêt de principe de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. c. Samra*, citant avec approbation l'approche relative aux obligations de l'avocat de *Rondel c. Worsley*[109]:

> [TRADUCTION]
> Un postulat erroné sous-tend les observations de l'appelant dans cette affaire – celui voulant que l'avocat de la défense ne soit qu'un porte-parole de son client. Sa prétention doit être qu'un avocat est tenu de présenter des observations même ridicules, peu judicieuses ou contraires à la doctrine et aux principes juridiques établis, pourvu que ce soit ce que le client désire.

Dans l'ouvrage intitulé *Ethics and Canadian Criminal Law* faisant autorité, les auteurs Proulx et Layton font référence au principe susmentionné dans *Samra* et dans *Rondel* comme [TRADUCTION] « la règle éthique contre les arguments futiles »[110].

C'est probablement le jugement du juge en chef Mason dans l'arrêt de principe australien *Gianarelli* c. *Wraith*[111] qui présente le meilleur exposé des obligations de l'avocat envers le tribunal et de la façon dont celles-ci s'appliquent à la tâche des aveux :

---

[108] [1967] 3 All E.R. 993 (H.L.). La Cour suprême du Canada a récemment adopté l'arrêt *Rondel c. Worsley* comme une description faisant autorité des « obligations professionnelles et déontologiques » des avocats dans *R. c. Lyttle*, *supra*, note 98, p. 493-494.
[109] (1998), 129 C.C.C. (3d) 144, p. 158-159 (C.A. Ont.).
[110] M. Proulx et D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 36-37 et 119-149.
[111] (1988), 165 C.L.R. 543, p. 556 (H.C. Aust).

> [TRADUCTION]
> Le devoir d'un avocat présente la caractéristique particulière d'être assujetti à des obligations aussi bien envers le tribunal qu'envers son client. Le devoir envers son client est assujetti à une obligation primordiale envers le tribunal. L'exécution de cette obligation primordiale comporte un important élément d'intérêt public.
> [...]
>
> Ce n'est pas que l'obligation d'un avocat envers le tribunal entre en conflit avec le devoir envers son client au point que la démarcation entre les deux ne soit plus claire. L'obligation envers le tribunal est prépondérante et doit être honorée, même si le client donne des instructions à l'effet contraire. C'est plutôt que l'obligation d'un avocat envers le tribunal incarne le fait que le cours de l'instance dépend de l'exercice par l'avocat d'une faculté d'appréciation ou d'un jugement indépendant sur la conduite et la gestion d'une cause où il a en vue, non seulement le succès de son client, mais aussi une bonne et diligente administration de la justice. En choisissant les témoins devant comparaître et en limitant leur nombre, en déterminant quelles questions seront posées en contre-interrogatoire, quels sujets seront couverts lors de la plaidoirie et quels points de loi seront évoqués, l'avocat exerce un jugement indépendant de sorte que le temps du tribunal ne soit pas accaparé inutilement, malgré le fait que le client peut vouloir courir après tous les lièvres jusque dans leur terrier (*souligné par nous*).

Les juges qui président les « conférences préparatoires » prévues à l'article 625.1 devraient faire de leur mieux pour assurer l'application de ces devoirs déontologiques, en demandant aux avocats des deux côtés de s'entendre sur des aveux raisonnables et de limiter le nombre des témoins à ceux qui font vraiment avancer la cause d'une partie ou retardent réellement celle de l'autre partie, selon la formulation de Lord Upjohn. Comme nous l'avons indiqué précédemment, dans le cadre de l'article 625.1 le juge peut exercer une pression morale sur l'avocat, mais n'a aucun pouvoir véritable de prendre des décisions exécutoires.

Dans l'hypothèse où l'on accepte nos recommandations antérieures au présent chapitre et que l'on confère aux juges chargés d'entendre les motions préalables le pouvoir de statuer, la question qui a été soulevée dans notre examen est celle de savoir si le juge qui préside (que ce soit le procès ou les motions préliminaires) peut exiger des aveux. On nous a fait valoir

qu'à cet égard les deux arguments comportent des défauts, et nous en avons vu la preuve. Il y a eu des exemples récents en Ontario de causes longues et complexes où le procureur de la Couronne a présenté beaucoup trop d'éléments de preuve, alors que les questions de fait étaient déjà bien établies ou n'étaient pas contestées. Il y a eu aussi des cas où l'avocat de la défense a refusé de faire des aveux et demandé à la Couronne de prouver des faits qu'il n'était pas raisonnable de contester. Nous estimons que ce comportement est irresponsable, et peut-être non professionnel, mais la question ici est de savoir s'il existe des moyens judiciaires permettant d'exiger qu'un aveu soit fait ou accepté.

Ce sont deux questions distinctes et nous les aborderons séparément : premièrement, peut-on exiger d'un procureur de la Couronne qu'il *accepte* un aveu; deuxièmement, peut-on exiger d'un avocat de la défense qu'il *fasse* un aveu.

3. Exiger que la Couronne accepte les aveux de la défense

Au XIX^{e} siècle, en common law, il existait un doute quant à la capacité de l'accusé d'admettre un fait à un procès. Par conséquent, on a conféré au *Code criminel* une compétence légale de faire un aveu au *Code* de 1892 qui a conservé essentiellement la même forme dans le *Code criminel* moderne. La disposition se trouve à l'article 655 et elle énonce simplement que l'accusé ou l'avocat « peut reconnaître tout fait qui lui est imputé. Il n'y a dès lors plus lieu de le prouver »[112].

Selon la jurisprudence moderne, il existe aussi en common law un pouvoir de recevoir des aveux sur des questions de fait, et l'article 655 n'est pas exhaustif. Par exemple, l'article 655 ne comporte aucune disposition relative à la faculté par la Couronne d'admettre des faits allégués par la défense, et n'énonce pas clairement non plus si l'article 655 pourrait s'appliquer à un fait devant être prouvé lors d'un voir-dire, comme le caractère volontaire d'une déclaration. La jurisprudence moderne comble actuellement ces lacunes et complète l'article 655, pour des raisons pragmatiques d'efficacité au procès[113].

---

[112] L'ancienne common law et l'historique législatif sont décrits dans *R. c. Castellani* [1970] 4 C.C.C. 287, p. 290-291 (C.S.C.).

[113] *R. c. Picariello* (1923), 39 C.C.C. 1 (C.A. Alb.), conf. 39 C.C.C. 229 (C.S.C.); *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.); *R. c. Park* (1981), 59 C.C.C. (2d) 385 (C.S.C.); *R. c. Fatima and Khan* (2004), Carswell Ont 8868 (C.S.J. Ont.).

L'arrêt qui fait autorité sur l'article 655, *R. c. Castellani*, formule la simple proposition selon laquelle l'accusé ne peut admettre des faits pour ses propres fins, mais seulement des faits allégués par la Couronne[114] :

> [U]n prévenu ne peut admettre un fait allégué contre lui avant que l'allégation en ait été faite. Lorsqu'on veut se prévaloir de [l'art. 655], il appartient à la poursuite et non à la défense de présenter le ou les faits qu'elle allègue contre le prévenu et qu'elle veut lui faire admettre (*souligné par nous*).

Si on l'interprète littéralement, ce passage laisse entendre qu'on ne peut faire aucun aveu en vertu de l'article 655 à moins que la Couronne n'allègue officiellement un fait et qu'elle se tourne ensuite vers la défense pour « solliciter » son aveu. Cette interprétation conférerait à la Couronne l'entière direction du processus d'aveu.

La jurisprudence subséquente n'a pas interprété l'arrêt *Castellani* de cette façon littérale. Elle a plutôt déterminé que la Couronne ne peut « refuser [un aveu] quand son motif pour le faire est de maintenir artificiellement en vie une question litigieuse ». Ces causes font ressortir le fait que l'accusé doit « faire tous les aveux nécessaires » par rapport à la preuve soumise et que son aveu doit être « intégral et sans ambiguïté ». Mais dans l'hypothèse où l'aveu couvre la totalité des faits que la preuve de la Couronne vise à établir, il faut accepter l'aveu[115].

Ce courant jurisprudentiel confère au tribunal le pouvoir de régler le processus des aveux par la médiation, à la fois en demandant à la défense de formuler l'aveu proposé de manière à couvrir entièrement les faits allégués, et en demandant à la Couronne d'accepter un aveu convenablement formulé. Cette conception de l'article 655 correspond aux pouvoirs modernes de « gestion du procès » élaborés dans la récente décision *Felderhof*[116] de la Cour d'appel. Comme il a été exposé précédemment à la section F du présent chapitre, le juge peut avoir recours aux pouvoirs de gestion de l'instance pour intervenir activement dans le déroulement de la preuve, surtout lorsque les avocats n'agissent pas de façon responsable. Cette approche correspond également à la conception autoritaire formulée par Dean Wigmore

---

[114] *Op. cit.*
[115] *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436, p. 447 (C.A. Man.); *R. c. Mohammed* [1997] B.C.J. N° 2133 (C.S. C.-B.).
[116] *Supra*, note 95, p. 518 et 526.

quant au pouvoir de solliciter des aveux et d'exclure les preuves superflues[117] que détient le juge en common law :

> [TRADUCTION]
> La doctrine des aveux judiciaires a longtemps eu un grand avenir devant elle, si seulement les juges l'avaient utilisée à bon escient... le juge pourrait librement demander à l'avocat de préciser si un fait est contesté de bonne foi, c'est-à-dire, qu'il devrait *insister* pour que des aveux soient faits, dans les cas où il semble probable que le fait n'est pas vraiment contesté. Par cette méthode, la présentation de la preuve se limitera aux seules questions de fait que les parties entendent contester.
>
> Il est facile de discerner le nombre incalculable d'escarmouches inutiles que l'on pourrait ainsi éliminer, la somme de temps que l'on pourrait économiser, et la grande confusion que l'on pourrait éviter chez le jury. Et tous ces résultats seraient réalisés par la seule application d'un principe déjà existant.
> [...]
>
> La partie qui reçoit l'aveu judiciaire n'a pas *besoin* de prouver le fait qui en fait l'objet. Mais si cette partie décide de présenter sa preuve, celle-ci *peut* même être *exclue*; d'abord, parce qu'elle est maintenant dénuée de pertinence par rapport aux questions tout comme si les plaidoiries l'avaient exclue de la controverse; ensuite, parce qu'elle peut être superflue et seulement alourdir le procès; et enfin, parce que l'effet dramatique ajouté que l'on peut parfois obtenir par l'interrogatoire d'un témoin du fait (un effet, bien entendu, que l'aveu est souvent justement destiné à éviter) n'est pas un élément auquel on peut dire que la partie a toujours droit.
>
> Quoi qu'il en soit, un aveu incolore émanant de la partie adverse peut parfois avoir l'effet de priver la partie de la *force morale légitime de sa preuve*; en outre, un aveu judiciaire peut être fait habilement en étant assorti de restrictions, de dérobades ou d'insinuations (surtout en matière criminelle), de façon à constituer sur le plan technique, mais non sur le plan pratique, une dispense de preuve. Par conséquent, il ne devrait pas exister de règle absolue sur le sujet; et le pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance devrait servir à déterminer si un aveu en particulier est assez complet pour rendre la preuve de la première partie totalement inutile dans les circonstances (*souligné dans l'original*).

---

[117] J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Chad. Rec., Boston, Little Brown and Co., 1981, vol. IX, articles 2591 et 2597, p. 824-825 et 851-852.

Nous sommes d'accord avec l'opinion de Dean Wigmore quant au droit s'appliquant aux aveux, et constatons qu'elle correspond à la tendance moderne vers une plus rigoureuse gestion judiciaire des instances. Les juges de première instance peuvent demander à la Couronne d'accepter un aveu convenablement formulé de n'importe quel fait qu'elle tente de prouver, en fermant tout simplement la porte à un témoignage de vive voix pour la Couronne, au motif qu'il est désormais sans pertinence ou superflu et qu'il accaparera inutilement le temps du tribunal.

Nous ajouterions seulement la mise en garde, comme le fait Dean Wigmore, qu'il existe des instances où la « force dramatique » du témoignage de vive voix sera perdue pour le juge des faits, si la preuve est acceptée sous la forme d'un simple aveu. Nous n'évoquons aucun effet préjudiciable du témoignage rendu de vive voix, ce qui ne constitue manifestement pas une raison légitime de l'entendre, mais la plus grande capacité chez le juge de se souvenir de la preuve et de l'évaluer, surtout dans un long procès, après l'avoir entendu de la bouche d'un témoin. Cette évaluation devait être laissée à la discrétion du tribunal, qui devra examiner l'importance de la preuve et la suffisance de l'aveu.

Recommandation n° 18 :

L'avocat de la Couronne et celui de la défense ont tous deux l'obligation déontologique de faire une admission raisonnable des faits qui ne sont pas légitimement contestés. Le tribunal devrait encourager les tentatives de formuler des aveux raisonnables et en faire la médiation. Lorsque la défense reconnaît entièrement des faits allégués par la Couronne, le tribunal a le pouvoir d'exiger que la Couronne accepte l'aveu convenablement formulé et d'exclure la preuve sur cette question.

4. Exiger que la défense admette des faits dont la contestation n'est pas justifiée

Une question beaucoup plus difficile est celle de savoir si le tribunal a le pouvoir d'exiger la reconnaissance d'un fait qu'il est facile de prouver. En outre, si l'avocat refuse de façon déraisonnable d'admettre un fait manifestement prouvable, la loi devrait-elle prévoir un redressement?

Nous estimons que l'avocat qui, au procès, se comporte de façon contraire aux obligations professionnelles mentionnées précédemment, devrait en subir des conséquences. Il faudrait à tout le moins réduire son admissibilité aux certificats d'aide juridique de causes futures, partant du principe que la cause est financée à même les deniers publics, parce que son comportement contrevient sans doute à la *Loi de 1998 sur les services d'aide juridique*. Ce sujet sera abordé au Chapitre 5. En outre, si son comportement atteint le niveau de l'inconduite professionnelle, il faudrait en déférer au Barreau du Haut-Canada. Ce sujet sera abordé au Chapitre 6. Finalement, dans les cas extrêmes de conduite répréhensible devant le tribunal, il est possible d'imposer des sanctions prévues en common law comme les dépens et l'outrage au tribunal. Ce sujet sera également abordé au Chapitre 6. Par contre, aucun de ces redressements ne permettra d'obtenir l'aveu désiré.

À notre connaissance, le tribunal ne détient aucun pouvoir de forcer la défense à admettre des faits qui devraient l'être, et qu'un avocat responsable admettrait. Il existe dans la *Loi sur la preuve au Canada* un certain nombre de dispositions qui autorisent la preuve par affidavit de certains faits courants (par exemple, les articles 26, 29, 30 et 31). De façon similaire, l'article 657.1 du *Code criminel* admet la preuve par affidavit de certains faits dans des cas d'infractions contre les biens et l'article 657.3 admet la preuve d'expert par affidavit, sous réserve du contre-interrogatoire de l'auteur dans les cas où il reste une question à trancher. Une autre façon accélérée de présenter la preuve au *Code criminel* est celle par certificat dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies (article 258) et dans les affaires de contrefaçon (article 461). Toutes ces dispositions sont de la nature des exceptions prévues par la loi à l'exclusion du ouï-dire, lesquelles permettent une présentation de preuves sous forme écrite au lieu du témoignage de vive voix. Elles ressemblent un peu aux aveux forcés.

Nous croyons que les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient envisager la possibilité d'allonger la liste des faits pouvant être établis sous forme d'affidavit en vertu de l'article 657.1. Il est évident que ceux-ci ne comprendraient pas les principaux éléments contestés de la thèse de la Couronne. Ce qui nous préoccupe, ce sont seulement les faits connexes d'une affaire, généralement démontrés par des témoins qui se fient seulement à des documents courants pour faire leur déposition. La chaîne de possession des pièces constitue un exemple classique d'une question où le témoignage de vive voix n'ajoute généralement rien à ce qui est inscrit sur l'étiquette d'une pièce. La preuve qu'un

enquêteur en armes à feu a vérifié une arme et constaté qu'elle fonctionnait, comme l'indique son rapport, est un cas similaire où le témoignage de vive voix constitue généralement une dépense inutile de temps et de ressources[118].

Nous avons appris que certains avocats insistent pour obtenir une preuve de ce type de faits, même s'ils n'ont aucune question légitime à poser en contre-interrogatoire. Il faudrait que les avocats soient tenus de démontrer qu'il existe une certaine question non réglée justifiant la comparution du témoin et la contestation de son rapport ou compte-rendu d'usage. C'est ainsi que fonctionne l'article 657.1 et il pourrait être utile d'y ajouter les éléments du genre indiqué ci-dessus.

Recommandation n° 19 :

Les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient donner instruction à leurs représentants d'envisager un élargissement de l'article 657.1 du *Code criminel*, de façon à y inclure d'autres questions factuelles courantes pouvant être suffisamment démontrées par affidavit, sous réserve du droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit lorsqu'il subsiste une certaine question à trancher.

J. Causes de terrorisme longues et complexes

Nous désirons mentionner brièvement les problèmes particuliers associés à la gestion judiciaire des instances dans les causes de terrorisme vastes et complexes. Ce type de cause est devenu une espèce très importante de « mégaprocès » moderne en Ontario.

La seule caractéristique importante des poursuites pour terrorisme, qui les distingue des autres procès criminels longs et complexes, est la probabilité que des éléments de preuve relatifs à la « sécurité nationale » feront partie du dossier. Cette probabilité s'est beaucoup accrue depuis la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Charkaoui (N° 2)* qui

[118] En effet, dans la plupart des exemples que nous avons à l'esprit, le document ou dossier sur lequel s'appuie le témoin est lui-même probablement admissible en raison de la véracité de son contenu, en vertu de l'exception de ouï-dire « des souvenirs transcrits ». Par contre cela ne permet aucunement d'abréger le procès, étant donné que le témoin demeure tenu de témoigner pour établir l'existence du critère relatif à l'exception. Cette déposition devrait être faite entièrement par affidavit. Voir : *R. c. Fliss* (2002), 161 C.C.C. (3d) 225, p. 244-245 (C.S.C.); *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Alb.).

conclut que le SCRS est tenu de conserver les notes et enregistrements d'entrevues des cas ciblés d'enquêtes liées à la sécurité nationale. Comme la Cour le souligne, les fonctions d'enquête du SCRS et de la GRC « convergent » de plus en plus dans les affaires de terrorisme intérieur et international[119]. Il est pratiquement inévitable que, dans une poursuite importante en matière de terrorisme, le SCRS soit en possession de renseignements pertinents qui mèneront à des motions en divulgation et à des tentatives de présenter les éléments de preuve au procès[120].

Par suite de ce croisement entre les enquêtes du SCRS et de la GRC dans le contexte d'infractions de terrorisme, les allégations de privilège relatif à la sécurité nationale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* sont désormais une caractéristique commune à ces causes. Ces allégations de privilège soulèvent des problèmes très difficiles de gestion de l'instance. Nous avons décrit au Chapitre 2 les deux caractéristiques essentielles des allégations de privilège relatif à la sécurité nationale sous le régime législatif de l'article 38 : premièrement, cet article retire la question au tribunal de première instance et confère la compétence exclusive à la Cour fédérale; deuxièmement, il permet les appels interlocutoires. L'effet inévitable de ces deux caractéristiques de la loi est de retarder le procès. L'expérience récente avec cette Loi dans les affaires *Ribic* et *Khawaja* constitue certainement une source de véritable inquiétude[121].

La question de savoir si la procédure actuelle de l'article 38 est la mieux appropriée pour résoudre les allégations de privilège lié à la sécurité nationale est directement examinée par l'*Enquête d'Air India* actuellement menée par l'honorable John Major, c.r., ancien juge de la Cour suprême du Canada[122]. Nous souscrivons à la grande expertise de cette Enquête sur cette question. Toutefois, nous tenons à signaler notre préoccupation, vu que notre mandat est de trouver des solutions aux problèmes de retard et de complexité aux longs procès criminels.

La disjonction des procès criminels et celle des appels interlocutoires dans la procédure criminelle ont toutes deux été très longtemps réprouvées parce qu'elles fragmentent et

---

[119] *Charkaoui c. ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et al.* 2008 S.C.C. 38, paragr. 26-28 et 39-43.
[120] Voir, par exemple, la décision du 7 juin 2002 sur la divulgation de documents du SCRS dans l'affaire « Air India ». *R. c. Malik, Bagri et Reyat* [2002] B.C.S.C. 861 (C.S. C.-B.).
[121] Voir : *R. c. Ribic, supra,* note 18; *R. c. Khawaja, supra,* note 18.
[122] Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, en ligne http://www.majorcomm.ca.

retardent le processus d'instance criminelle. Les brefs de prérogative, qui ont exactement le même effet sur les causes criminelles, sont confrontés à une forte résistance judiciaire chaque fois qu'un avocat tente de s'en servir au milieu d'une procédure criminelle. Dans *R. c. Duvivier*, une demande de bref de prérogative présentée à la Cour supérieure pour annuler un subpoena émis par la Cour provinciale, le témoin a allégué qu'elle était dispensée de témoigner en raison du privilège du conjoint. Elle désirait soumettre cette question à la Cour supérieure plutôt qu'à la Cour provinciale où l'audience avait lieu. Le juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a examiné attentivement la jurisprudence condamnant l'usage de brefs de prérogative parce qu'ils font dévier la procédure criminelle et la retardent[123] :

> [TRADUCTION]
> Ces mêmes causes circonscrivent les considérations de politique qui font ressortir la prédilection contre un recours à la Cour supérieure pour obtenir un redressement pendant le déroulement d'une procédure criminelle. De telles demandes peuvent causer des retards, une fragmentation du processus criminel, une résolution de questions fondée sur un dossier inadéquat, et une dépense de temps et d'efforts des tribunaux sur des questions qui auraient pu être évitées si on avait laissé le processus suivre son cours normal. Le fonctionnement efficace et efficient de notre système de justice pénale n'est pas bien servi par les contestations interlocutoires de décisions rendues au cours du processus ou par des demandes de décisions sur des questions que l'on s'attend de voir surgir à une certaine étape du processus. Une politique similaire est évidente dans les affaires où l'on a conclu que les appels interlocutoires ne sont pas offerts en matière criminelle.

Le même raisonnement s'applique aux allégations de privilège sous le régime de l'article 38 à la Cour fédérale, plutôt qu'au tribunal de première instance où la procédure se déroule. Nous enjoignons aux ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux de prévoir à la procédure de l'article 38 des modifications qui ne causeraient pas de division, de retard et d'appels interlocutoires dans les poursuites importantes en matière de terrorisme. Par exemple, dans l'hypothèse où les procès pour terrorisme se dérouleront devant la Cour

[123] *R. c. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20, p. 24 (C.A. Ont.).

supérieure, il devrait être possible de rendre à celle-ci la compétence en vertu de l'article 38 qu'elle détenait auparavant, mais en demandant au juge en chef de désigner le juge de première instance dans les dossiers de terrorisme à partir d'un petit bassin de juges spécialisés et qualifiés pouvant entendre des réclamations fondées sur l'article 38. Cette approche devrait répondre aux préoccupations concernant le manque de connaissances spécialisées et de formation qui semble avoir motivé la décision du législateur de transférer à la Cour fédérale toutes les réclamations fondées sur l'article 38[124].

Recommandation n° 20 :

Les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient prévoir des modifications à la procédure de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* afin d'éliminer, dans les poursuites importantes en matière de terrorisme, les retards causés en raison des déviations prises par l'affaire et des appels interlocutoires.

---

[124] Voir les commentaires du juge Rutherford dans *Ribic*, *supra*, note 18, paragr. 49, où il a déclaré que [TRADUCTION] « le régime est lourd, et en l'espèce, il porte atteinte au processus du procès... ». Voir aussi : J. Patrick-Justice, « *Section 38 and the Open Courts Principle* » (2005), 54 U.N.B.L.J. 218; K. Roach, « *Ten Ways to Improve Anti-Terrorism Law* » (2005), 51 C.L.Q. 102; H. Stewart, « *Public Interest Immunity After Bill C-36* » (2003), 47 C.L.Q. 248.

CHAPITRE 5 : L'aide juridique

A. Introduction

La plupart des procès criminels longs et complexes en Ontario sont financés à même les deniers publics, par l'entremise d'Aide juridique Ontario (AJO). Il y a bien sûr des exceptions, où des procès longs et complexes bien connus ont été financés par des fonds privés. Toutefois, on peut affirmer, en se fondant sur les dossiers d'AJO, que des certificats d'aide juridique sont délivrés pour une grande majorité de ces affaires, lesquelles sont ainsi régies par le mandat d'AJO défini par la loi et par des mécanismes de contrôle prévus par la réglementation.

Selon les travaux réalisés dans le cadre de notre examen, il existerait deux raisons pour lesquelles AJO pourrait avoir contribué au phénomène des procès criminels démesurément longs en Ontario. La première raison est l'érosion régulière des tarifs d'AJO au cours des 20 dernières années, au moment même où les procès devenaient intrinsèquement de plus en plus longs et complexes, d'où l'abandon de ce genre d'affaires par un grand nombre des membres les plus éminents du barreau. La seconde raison est qu'AJO n'a pas, dans toute la mesure du possible, utilisé les pouvoirs que lui conférait la loi pour réglementer la qualité, l'efficacité et l'efficience du travail réalisé par les avocats chargés de ce genre d'affaires. Ces deux enjeux sont intimement liés, comme nous le verrons par la suite.

De tout temps et en règle générale, ce sont les avocats de la défense les plus éminents qui se sont chargés des affaires criminelles les plus graves. Il est évident que les membres du barreau les plus éminents sont connus pour leur bon jugement et leur talent de plaideurs. Par conséquent, on pouvait généralement compter sur eux pour se concentrer sur les véritables enjeux d'une affaire et mener le procès de manière responsable et efficace. Selon une telle conception idéale du système accusatoire, il n'est pas vraiment nécessaire de surveiller la conduite d'un avocat dans une affaire.

De nos jours, de nombreux avocats de la défense les plus éminents n'acceptent plus de participer à des procès criminels longs et complexes. Il existe bien entendu des exceptions, mais nous avons été informés que, dans l'ensemble, il n'était pas possible pour des avocats

dont les pratiques sont bien établies et qui assument des frais généraux importants, de mener des procès sur une période de six mois ou plus à des tarifs d'aide juridique. C'est une chose pour un avocat éminent de défendre un seul accusé durant un procès pour meurtre d'une ou deux semaines financé par l'aide juridique, comme cela se faisait couramment dans le passé. Mais c'est toute une autre affaire que de consacrer la moitié d'une année, voire davantage, à un mégaprocès relié à un gang avec six coaccusés qui sont tous représentés par des avocats différents, en particulier lorsque ces autres avocats ne partagent pas l'opinion des autres confrères sur la meilleure manière de mener la défense. Le tarif de l'aide juridique demeure à des niveaux qui ont été fixés à la fin des années 1980 et les hausses qui ont été accordées au cours des dernières années se situent bien en deçà du taux de l'inflation qui s'élève à environ 15 %. Dans ces circonstances, ce dernier type de procès constitue un sacrifice économique important pour les membres éminents du barreau dont les honoraires normaux versés par leurs clients privés excèdent de plusieurs fois les tarifs de l'aide juridique.

En conséquence, il semble que nous soyons pris dans un cercle vicieux : plus la durée des procès criminels se prolonge, moins il y a de chances qu'un avocat éminent acceptera de s'en occuper en vertu d'un certificat d'aide juridique; pourtant, le fait que dans ce genre d'affaires la défense est assurée par un avocat chevronné constitue précisément l'une des solutions pour régler le problème des procès démesurément longs; car ce sont ces avocats qui sont le plus susceptibles de conduire le procès avec efficacité et en restant concentrés.

Certes, on trouve encore un grand nombre d'excellents avocats pour, de temps en temps, assumer la défense dans ce type de causes. Ces avocats n'ont pas besoin d'être surveillés ni dirigés quant à l'utilisation appropriée des deniers publics. Mais la réalité d'aujourd'hui est qu'il y a aussi des avocats inexpérimentés, ou des avocats d'expérience, mais dont le jugement laisse à désirer, qui prennent en charge ces affaires. Ces avocats ont besoin d'être conseillés, supervisés et orientés sur la façon de mener avec responsabilité et efficacité la défense afin que les procès ne se prolongent pas indûment. En outre, étant donné qu'AJO est chargée de consacrer à ces affaires des sommes importantes en termes de deniers publics, il est important qu'elle dispose des mécanismes appropriés pour s'assurer que l'argent est bien dépensé. En d'autres termes, selon les compétences et le jugement de l'avocat qui conduit la défense, il se peut qu'il soit nécessaire d'utiliser des mécanismes de gestion complètement différents.

Nos quatre études de cas illustrent bien ce point. En effet, dans certaines d'entre elles un excellent avocat avait mené la défense, alors que dans d'autres l'accusé avait été représenté par un avocat qui avait fait preuve d'un piètre jugement. Dans les causes où figuraient de nombreux coaccusés, on retrouvait les deux types d'avocats. Des différences similaires ont été enregistrées dans le cadre de ces affaires du côté de la Couronne, un sujet que nous aborderons au Chapitre 6.

Les données que nous a fournies AJO brossent un portrait troublant des types d'avocats qui assument des affaires de grande envergure en Ontario. Le programme de gestion des causes majeures (GCM) d'AJO vise les affaires criminelles de grande envergure pour lesquelles on prévoit des coûts beaucoup plus élevés que ceux correspondant à un certificat ordinaire. En général, le régime de la GCM couvre des causes pour lesquelles AJO dépense entre 20 000 et 75 000 $. L'avocat chargé de ce type de causes doit proposer un budget et il est soumis à une surveillance plus étroite que dans le cas d'un certificat ordinaire. Les affaires qui coûtent plus de 75 000 $ sont aussi régies par le régime de la GCM, mais elles font l'objet d'une surveillance encore plus serrée qui est exercée par un groupe d'experts offrant des conseils : le Comité des exceptions. Environ 25 % du budget des causes criminelles d'AJO est consacré aux affaires visées par la GCM. Les données les plus récentes, réunies par AJO depuis le mois de janvier 2005, indiquent que 697 certificats de GCM ont été délivrés à des avocats possédant moins de quatre années d'expérience, que 675 certificats de GCM ont été accordés à des avocats comptant entre quatre et 10 ans d'expérience, et que 1134 certificats de GCM ont été remis à des avocats ayant plus de 10 ans d'expérience. En d'autres termes, environ 55 % de ces affaires de grande envergure sont conduites par des avocats qui possèdent moins de 10 ans d'expérience et, fait bien plus significatif, environ 28 % sont prises en charge par des avocats qui ont moins de quatre ans d'expérience.

Les données d'AJO montrent que, alors que ces avocats adjoints assument des affaires de grande envergure, des avocats d'expérience (ceux qui possèdent plus de 10 ans d'expérience) délaissent de plus en plus l'aide juridique. Entre 1999 et 2007, on a enregistré une baisse de 15 % du nombre d'avocats d'expérience à avoir pris un *quelconque* mandat d'aide juridique.

B. Les modèles de réforme possibles

Nous sommes convaincus que l'on peut aborder de deux façons différentes le problème de la conduite de procès criminels d'aide juridique longs et complexes par des avocats peu expérimentés, ou par des avocats d'expérience au jugement médiocre, et le problème de l'abandon général de ce type de procès par les avocats éminents.

La première approche consiste à concevoir des moyens positifs et des mesures d'encouragement pour s'assurer que des avocats hautement qualifiés acceptent de se charger de ces affaires longues et complexes. Cette approche comprend le versement d'honoraires plus élevés et une restriction de l'admissibilité. Une courte liste des avocats hautement qualifiés pourrait être établie et les honoraires de ces avocats qui ont accepté de prendre des procès longs et complexes pourraient être augmentés de manière substantielle. La seconde approche consiste à accepter que des avocats ayant moins d'expérience et étant moins qualifiés soient inévitablement attirés par ces affaires. Dans cette dernière hypothèse, il s'avère nécessaire d'imposer une gestion serrée et une surveillance étroite de la conduite de l'avocat de la défense.

De ces deux approches générales, les participants à notre examen ont préféré de loin la première. Des magistrats, des procureurs de la Couronne et des agents de police, tous d'expérience, ont insisté sur le fait qu'il vaut mieux conduire un procès long et complexe avec l'un des membres les plus éminents du barreau, car celui-ci va en général se concentrer sur les véritables enjeux de l'affaire, il sera toujours préparé à l'avance et il n'aura aucune raison de prolonger indûment le procès. Nous avons été particulièrement frappés par l'opinion des agents de police expérimentés qui étaient chargés des enquêtes dans ces affaires. Ils ont indiqué qu'ils payaient le prix de tous ces procès inutilement longs parce qu'ils se retrouvaient coincés en cour pendant des mois, voire des années, au lieu d'être autorisés à enquêter sur de nouvelles affaires. Les chefs de police nous ont déclaré que dès qu'un procès pour meurtre de grande envergure débutait, ils perdaient deux détectives expérimentés pendant une période pouvant aller jusqu'à un an.

En bref, il existe un large consensus selon lequel il est utile d'investir dans une défense solide et compétente. Nous partageons cette opinion. Il est logique de payer les meilleurs avocats de manière appropriée parce que le « rendement du capital investi » sera des procès

plus courts et des économies de coûts à tous les échelons du système de justice. Nous ne sommes pas convaincus qu'il existe un argument financier solide préconisant le paiement des avocats à des tarifs antiéconomiques, car ceci contribue souvent à prolonger démesurément les procès. Un avocat de piètre qualité qui est rémunéré de manière inadéquate pour mener un procès indûment long ne fait pas économiser de l'argent au système de justice.

Non seulement la première approche à la réforme dans ce domaine – soit verser des honoraires plus élevés et restreindre l'admissibilité des avocats – avait-elle recueilli un large soutien, mais la seconde approche – imposer des mécanismes de contrôle serrés et une surveillance étroite de la conduite des avocats de la défense – avait aussi suscité certaines inquiétudes. Il ne fait aucun doute que la seconde approche constituerait un défi pour AJO et qu'elle nécessiterait d'augmenter et de modifier de manière importante ses capacités administratives. Néanmoins, nous pensons que des améliorations peuvent être apportées dans la manière dont AJO surveille et gère le budget des procès longs et complexes. Ces améliorations ne peuvent pas être réalisées rapidement ni généralisées, compte tenu des capacités administratives actuelles d'AJO. Aussi, la mise en œuvre de nos recommandations à ce second égard devra se faire lentement et de manière progressive.

Nous avons l'intention de formuler des recommandations sur les deux approches visant la réforme. Cependant, nous devons souligner que la première approche devrait être privilégiée en raison de sa simplicité et du fait qu'elle peut être mise en œuvre plus rapidement et complètement que les réformes que nous suggérons en vertu de la seconde approche. En outre, nous souhaitons mettre en garde contre le semblant d'incohérence des deux approches. Si nous réformons le système selon la première façon, en versant des honoraires plus élevés à une courte liste d'avocats hautement qualifiés, il devient alors beaucoup moins impérieux de mettre en œuvre la seconde approche. À n'en pas douter, il pourrait certainement devenir démotivant pour un éminent avocat de savoir que sa conduite de la défense est assujettie à un système bureaucratique et complexe de surveillance et d'approbation préalable. Le nouvel investissement important dans l'infrastructure et les capacités administratives d'AJO, en vertu de la seconde approche à la réforme, serait un engagement majeur et le gouvernement ne devrait effectuer un tel investissement qu'après avoir déployé tous les efforts possibles pour appliquer la première approche. Une première approche à la réforme donnant lieu à une forme de surveillance différente et moins coûteuse serait appropriée.

Ce serait un triste constat d'échec si le gouvernement reconnaissait un jour qu'il ne pourra jamais réussir à obtenir que les avocats éminents de l'Ontario retournent à une façon de pratiquer d'autrefois, en vertu de laquelle ils assumaient généralement la défense des causes les plus graves et les plus complexes. Par conséquent, examinons d'abord l'approche que nous privilégions.

C. La première approche de réforme : verser des honoraires plus élevés à des avocats hautement qualifiés figurant sur une courte liste

En ce qui concerne la première approche, nos propositions consistent simplement à attirer les membres éminents du barreau à reprendre des mandats d'aide juridique dans le cadre de procès longs et complexes. Nous proposons de limiter l'admissibilité du financement par l'aide juridique dans le cadre de ces affaires à des avocats hautement qualifiés figurant sur une courte liste, et nous proposons de les rémunérer à des honoraires bonifiés de sorte qu'il soit rentable pour eux d'assurer la défense dans de telles causes.

Pour saisir le contexte de ces propositions, il est nécessaire de connaître l'histoire des tarifs de l'aide juridique en Ontario. Cette histoire, qui débute en 1967, a été succinctement résumée par les professeurs Zemans et Stribopoulos de la manière suivante[125] :

> Bien que relativement modeste, la rétribution accordée en vertu du système de certificat du Régime d'aide juridique de l'Ontario était perçue comme équitable [pendant les premières années du Régime]. Elle s'est avérée suffisante pour attirer des avocats expérimentés vers des affaires d'aide juridique. Cela était particulièrement le cas dans les affaires criminelles, où certains des avocats les plus expérimentés et respectés de la province agissaient régulièrement dans des causes financées par l'aide juridique. Même si personne ne s'en est aperçu à l'époque, les années 1970 et 1980 allaient marquer « l'âge d'or » de l'aide juridique en Ontario.

---

[125] F. Zemans et J. Stribopoulos, « *Peer Review in Canada : Results from a Promising Experiment* » (2008) 46 O.H.L.J. à venir dans le 4e numéro. Voir aussi : M.L. Friedland, « Governance of Legal Aid Schemes » dans le *Rapport de l'examen du régime d'aide juridique de l'Ontario : Plan d'action pour les services juridiques publics subventionnés*, Toronto, Examen du régime d'aide juridique de l'Ontario, 1997, (président : J.D. McCamus), p. 1027-1028; R. Lawson, « The Ontario Legal Aid Plan in the 90's » (1998), 16 Windsor Y. B. Access Just. 252.

> Le tournant est survenu avec la survenue d'une récession au début des années 1990. Un fort ralentissement de l'activité économique s'est fait sentir, et au milieu de la décennie la province enregistrait un déficit budgétaire de 11 milliards de dollars. En 1994, confronté à des coûts croissants d'aide juridique, qui avaient plus que quadruplé de 75 à 350 millions de dollars au cours des dix années précédentes, le gouvernement provincial à imposé une limite à sa contribution à l'aide juridique. Il s'est engagé à allouer au Barreau du Haut-Canada des montants fixes de financement, sur une base décroissante, pendant une période de quatre ans. Le gouvernement fédéral a fait de même. Cela a entraîné de sévères restrictions budgétaires, et des réductions par l'aide juridique des types de dossiers juridiques qu'elle accepterait de financer, réduisant le nombre d'heures pour lesquelles les avocats seraient rétribués dans certains types de causes et abaissant le taux horaire que les avocats pouvaient réclamer pour des services à l'aide juridique. Les résultats ont été désastreux. Le nombre de certificats d'aide juridique émis [pour des dossiers tant en matière civile que criminelle] a diminué de 231 383 en 1991-1992 à 80 000 en 1996-1997. Au même moment, comme on pouvait s'y attendre vu la portée des restrictions budgétaires, est survenue une radicale augmentation du nombre d'accusés « se représentant eux-mêmes » devant les tribunaux criminels de la province.
>
> Il n'est pas surprenant que ces changements aient été extraordinairement mal reçus chez les avocats de la défense, la plupart d'entre eux ayant traditionnellement accepté au moins une certaine quantité de travail d'aide juridique. Les restrictions budgétaires ont entraîné une crise de confiance, et poussé de nombreux avocats de la défense à simplement cesser de prendre des mandats d'aide juridique. Ces démarches se sont davantage organisées dans certaines administrations où tous les avocats ont exercé des moyens de pression et retiré collectivement leurs services aux clients de l'aide juridique.

Dans un sens, les problèmes suscités de nos jours par les procès criminels longs et complexes sont un sous-produit persistant de la crise de l'aide juridique des années 1990. Les tarifs n'ont jamais récupéré, d'où les changements constatés dans le profil des avocats qui s'occupent de ces causes.

Les dernières données indiquent que 107 300 certificats d'aide juridique ont été délivrés au cours du dernier exercice (2007/2008), y compris environ 65 000 certificats au

criminel. Cela représente moins que la moitié du nombre des certificats émis en 1991/1992, comme indiqué ci-dessus. Le budget total d'AJO pour 2008/2009 sera d'environ 355 millions de dollars, soit juste un peu au-dessus des niveaux atteints avant la crise du début et du milieu des années 1990. Le financement du gouvernement fédéral qui a été perdu dans les années 1990 n'a jamais été rétabli. Les contributions fédérales représentent maintenant environ 15 % du budget total d'AJO. En conséquence, AJO dépend maintenant de manière substantielle du gouvernement provincial et de la Fondation du droit pour son financement. En réalité, les contributions du gouvernement provincial ont augmenté alors que les contributions fédérales ont diminué. L'effet net est décrit dans le récent rapport du professeur Trebilcock[126] :

> Fait déterminant, de 1996 à 2006, le financement des services d'aide juridique en Ontario a baissé de 9 pour cent par habitant en termes réels (indexé sur l'inflation), passant de 30,76 $ à 27,77 $. En outre, comme je l'explique en détail plus loin dans le rapport, le taux horaire facturé aux termes des certificats d'aide juridique a à peine augmenté depuis dix ans. Résultat : il est aujourd'hui sérieusement disproportionné par rapport à tout point de référence pertinent du marché et aux indices du coût de la vie, ce qui a mené à une baisse importante (16 pour cent de 1999-2000 à 2006-2007) du nombre d'avocats qui acceptent des certificats, et à une réduction stupéfiante (29 pour cent) du nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille.

Plus important encore aux fins de la présente discussion, le niveau auquel les tarifs sont fixés présentement ne permet pas à un avocat éminent dont la pratique est bien établie d'assumer la défense dans un procès long et complexe. Le tarif actuel pour un tel avocat, en présumant qu'il possède 10 ans d'expérience au barreau, est de 97 $ de l'heure[127]. Pour la plupart de nos éminents avocats dont les frais généraux sont importants, il est tout à fait faisable de participer à un court procès ou à un appel d'une ou deux journées à ces tarifs. Toutefois, un procès de six mois n'entraînerait probablement une perte, et certainement aucun gain.

---

[126] M. Trebilcock, *Rapport 2008 sur l'examen du régime d'aide juridique*, p. 85. En ligne : http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/trebilcock/legal_aid_report_2008_FR.pdf.

[127] *Ibid.*, p. 137. Pour un avocat de moins de quatre ans d'expérience, le tarif est de 77 $ l'heure et pour un avocat de quatre à 10 ans d'expérience, le tarif est de 87 $ l'heure. Le tarif de l'aide juridique est établi par le Lieutenant gouverneur en conseil par règlement.

Il y a plus de 20 ans, en 1987, le tarif des avocats d'expérience s'élevait à 84 $ l'heure. L'augmentation de 13 $ durant cette période correspond à environ 15 %. Elle est bien inférieure au taux de l'inflation au cours de la même période[128]. Le professeur Trebilcock décrit l'impact de cette érosion du tarif de l'aide juridique dans les termes suivants, auxquels nous souscrivons compte tenu de ce que nous avons pu observer au cours de nos consultations[129] :

> De toute évidence, leur taux de rémunération horaire suscite chez les avocats du secteur privé acceptant des certificats d'aide juridique un sentiment de colère, auquel s'ajoutait un sentiment d'aliénation à l'égard du régime d'aide juridique. Ces avocats expriment non seulement ouvertement leurs opinions, mais ils n'hésitent pas non plus à quitter de plus en plus le régime. En ce qui concerne donc les départs, l'expression des insatisfactions et la fidélité, le système de certificats est mal en point. Le fait que les avocats du secteur privé soient de moins en moins disposés à fournir des services d'aide juridique remet fondamentalement en question la viabilité du régime d'aide juridique actuel. Cette question urgente nécessite une attention immédiate.

Nous notons que ce « sentiment de colère » palpable chez les avocats du secteur privé, que décrit le professeur Trebilcock, n'est pas forcément dû aux sacrifices économiques que supposent les mandats d'aide juridique. Il prend plutôt sa source dans le sentiment d'injustice suscité par le fait que les gouvernements fédéral et provincial ont augmenté de manière importante les salaires des juges, des procureurs de la Couronne et des agents de police durant la même période. Les avocats de la défense estiment, avec quelque fondement, qu'ils font l'objet d'un traitement inéquitable par rapport aux divers participants du système de justice.

Il convient également de noter que l'échec de longue date du gouvernement fédéral à rétablir les niveaux de financement de l'aide juridique qui prévalaient dans le passé constitue une anomalie dans le contexte des ententes constitutionnelles canadiennes. Comme indiqué dans le Chapitre 2, c'est le gouvernement fédéral qui est largement responsable d'un grand nombre des changements apportés au système de justice pénale et qui ont mené directement à l'augmentation du nombre de procès longs et complexes. L'adoption de la *Charte des droits et*

---

[128] *Op. cit.*, p. 136-140. L'indice des prix à la consommation a crû de plus de 13 % entre 2001 et 2007 seulement, de sorte que l'érosion du tarif depuis 1987 a été importante.
[129] *Supra*, note 126, p. 135.

libertés jumelée à la série ininterrompue d'amendements complexes apportés au *Code criminel* et à la *Loi sur la preuve* relèvent de la compétence fédérale. L'équité commande que les répercussions de toutes ces initiatives fédérales sur le plan des coûts soient accompagnées d'un financement fédéral approprié. Comme l'administration de la justice relève de la compétence provinciale, le gouvernement fédéral a pu autoriser la tenue de procès plus longs et plus complexes sans avoir à en assumer les augmentations de coûts connexes. En réalité, les contributions fédérales ont même décliné durant la période où les coûts ont augmenté. Si le gouvernement fédéral devait rétablir son financement de l'aide juridique aux niveaux antérieurs, nos propositions indiquées dans la présente section seraient beaucoup plus réalisables pour le gouvernement provincial[130].

Les documents que nous a fournis la Legal Services Society of British Columbia sur ce sujet nous ont grandement aidés. Nous avons également poursuivi des discussions avec des représentants de cet organisme et des avocats d'expérience dans cette province. Le modèle que nous proposons est fondé en grande partie sur celui qui, selon ce que nous comprenons, fonctionne raisonnablement bien en Colombie-Britannique.

D'après nos renseignements, les tarifs ordinaires en Colombie-Britannique, comme en Ontario, sont classés en trois catégories en fonction de l'expérience. Les trois catégories de tarifs en Colombie-Britannique sont de 84 $ l'heure pour l'avocat le moins expérimenté, de 88 $ l'heure pour l'avocat ayant une expérience moyenne et de 92 $ l'heure pour l'avocat le plus expérimenté[131]. En d'autres termes, les tarifs sont comparables à ceux de l'Ontario, étant légèrement supérieurs pour la première catégorie, similaires pour la catégorie moyenne, et légèrement inférieurs pour la catégorie des tarifs les plus élevés.

---

[130] Les calculs financiers des contributions historiques du gouvernement fédéral aux budgets de l'aide juridique en matière criminelle sont très compliqués. Cela est dû au fait que les budgets de l'aide juridique couvrent le droit de la famille, le droit criminel, le système de justice pour les jeunes, les questions relatives à l'immigration et au statut de réfugié. Les contributions du gouvernement fédéral dans chacun de ces domaines ont varié avec le temps, et il est difficile d'isoler les contributions à l'aide juridique en matière criminelle à un moment précis. Néanmoins, le portrait dans son ensemble est assez clair. L'exposé que nous avons reçu était comme suit : à compter de 1972, le gouvernement fédéral contribuait à hauteur approximative de 50 % aux budgets nationaux de l'aide juridique en matière criminelle, répartissant en fait les coûts de manière égale avec les provinces; ce régime s'est poursuivi pendant presque 20 ans, jusqu'en 1990 où les niveaux de financement ont été bloqués; en 1995 et 1997, des réductions du financement sont survenues en conséquence des révisions des programmes fédéraux; plus récemment, les contributions fédérales ont connu une certaine augmentation; le résultat net est que le gouvernement fédéral contribue actuellement à hauteur approximative de 30 % aux budgets nationaux de l'aide juridique en matière criminelle.

[131] British Columbia Legal Services Society, « Fact Sheet on Case Management », 12 mai 2008. En ligne : www.lss.bc.ca.

La différence entre le modèle de Colombie-Britannique et celui de l'Ontario est que le premier prévoit une échelle d'honoraires complètement séparée pour les causes particulièrement complexes que l'on désigne de [traduction] « causes aux honoraires bonifiés ». Le tarif est de 125 $ l'heure pour ces affaires, les critères d'admissibilité sont beaucoup plus stricts et un groupe de trois membres expérimentés du barreau est chargé de déterminer si la cause est suffisamment longue et complexe pour mériter d'être classée dans la catégorie des « causes aux honoraires bonifiés »[132].

Enfin, il existe une autre échelle d'honoraires en Colombie-Britannique pour les « affaires exceptionnelles ». Il s'agit d'affaires pour lesquelles un tribunal a rendu une ordonnance dite *Fisher* ou pour lesquelles le ministère de la Justice fédéral ou le ministère provincial du procureur général et/ou la Legal Services Society ont négocié une ordonnance *Fisher* de consentement en raison de la durée et de la complexité extraordinaires de la cause. Il existe un protocole d'entente entre la Legal Services Society et le gouvernement, en ce qui concerne le financement et l'administration de ces affaires[133]. Le niveau auquel les honoraires sont fixés varie, et il est confidentiel dans chaque cas, mais l'on nous a rapporté que le tarif est beaucoup plus élevé que le tarif de 125 $ l'heure applicable aux « causes à honoraires bonifiés ». Nous avons aussi été informés que les avocats qui sont admissibles à ces honoraires « exceptionnels » figurent sur une très courte liste d'avocats les plus compétents. Enfin, nous avons été informés que les membres éminents du barreau en Colombie-Britannique acceptent de participer à ces causes.

---

[132] *Ibid.*

[133] *Op. cit.* Une ordonnance *Fisher* renvoie à une affaire comme *R. c. Fisher*, [1997] S. J. N° 530 (B.R.), qui est tellement « unique » qu'un procès équitable ne peut être obtenu que par la désignation d'un avocat en particulier, et où cet avocat ne peut agir que si ses honoraires sont payés à un niveau nettement supérieur à celui des taux d'aide juridique. Voir : *R. c. Peterman* (2004), 185 CCC (3d) 352 (C.A. Ont.); *AG Québec c. C(R)* (2003), 13 C. R. (6e) 1 (C.A.Q.); *R. c. Cai* (2002), 170 CCC (3d) 1 (C.A. Alb.); *R. c. Ho* (2003), 17 C. R. (6e) 223 (C.A. C.-B.). Le procès d'« Air India » est un exemple d'une de ces « affaires exceptionnelles » où l'on a négocié une ordonnance *Fisher* de consentement. L'ordonnance a été rendue par l'ancien juge en chef McEachern qui devait approuver tout travail important accompli par les avocats. Le premier avocat-conseil de la Couronne, Robert Wright, c.r., indique que les admissions faites par l'avocat de la défense dans l'affaire ont permis de réduire de 883 à 85 la liste des témoins potentiels pour la Couronne, et de raccourcir les trois à quatre ans d'un procès à environ 150 jours d'audience. Voir Michael Code, note 6, p. 460. On peut trouver un exemple plus récent d'ordonnances *Fisher* de consentement dans les affaires de certificat de sécurité de la Cour fédérale. Ces ordonnances de la Cour sont scellées, mais il est bien connu au Barreau que le ministère fédéral de la Justice, la Cour fédérale et les représentants spéciaux se sont entendus sur des honoraires à des taux passablement plus élevés, vu la complexité de ces affaires et l'expérience des avocats qui y interviennent.

Nous pouvons constater que l'approche suivie en Colombie-Britannique consiste à augmenter l'échelle des honoraires, au fur et à mesure que les causes se prolongent et se compliquent, et aussi à restreindre l'admissibilité au fur et à mesure de l'augmentation des honoraires. Nous estimons qu'il s'agit d'une approche pleine de bon sens : plus l'affaire est longue et difficile, plus elle exige l'attention de l'avocat le plus compétent; parallèlement, ces avocats devraient être rémunérés à une échelle d'honoraires plus élevés, comme ils le sont sur le marché, pour les dédommager d'avoir interrompu leur pratique privée pour une longue période tout en ayant à assumer leurs frais généraux et en réalisant quelques bénéfices. Le fait que le système semble fonctionner en Colombie-Britannique, où les avocats éminents acceptent d'intervenir dans des causes longues et complexes, est la meilleure preuve qu'il s'agit d'un système bien conçu. Cela vaut également la peine de faire observer que plusieurs mégaprocès très importants en Colombie-Britannique se sont conclus avec succès par un jugement sur le fond.

Recommandation n° 21 :

Aide juridique Ontario et le ministère du Procureur général devraient établir un nouveau tarif qui prévoirait des « honoraires bonifiés » et des « honoraires exceptionnels » à mesure de l'augmentation de la durée et de la complexité de la cause prévues au départ. Les critères d'admissibilité devraient être progressivement restreints à chacun de ces niveaux plus élevés, de sorte que seul l'avocat le plus compétent soit admissible. Un comité de représentants d'AJO, d'avocats d'expérience et de juges à la retraite devrait dresser les listes des avocats admissibles, après avoir fait preuve de toute la diligence requise. Les facteurs d'admissibilité devraient inclure l'expérience et des critères qualitatifs comme ceux qui sont énoncés dans la Recommandation n° 25.

D. La seconde approche de réforme : surveillance accrue du budget des causes longues et complexes

1. Le cadre législatif

Les réformes que nous recommandons dans le cadre de la seconde série ont toutes trait à la nécessité de rehausser le contrôle réglementaire d'AJO sur la qualité, l'efficience et

l'efficacité des travaux qui sont exécutés par les avocats qui participent à des causes longues et complexes.

La *Loi de 1998 sur les services d'aide juridique* a créé Aide juridique Ontario (AJO), société autonome, chargée d'offrir des services d'aide juridique au public[134]. La législation antérieure avait conféré cette responsabilité au Barreau du Haut-Canada. La première disposition de la nouvelle loi est d'une importance cruciale, à savoir :

> 1. La présente loi a pour objet de faciliter l'accès à la justice, partout en Ontario, pour les particuliers à faible revenu,
>
> a) en fournissant, d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût, des services d'aide juridique de haute qualité aux particuliers à faible revenu, partout en Ontario.

La loi reprend les mêmes thèmes un peu plus loin, en créant une obligation selon laquelle AJO doit « s'assurer » de fournir des services de cette qualité :

> 92.(1) La Société crée un programme d'assurance de la qualité pour s'assurer de fournir des services d'aide juridique de haute qualité d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût.

Enfin, AJO se voit dotée d'un vaste pouvoir de réglementation en vertu du paragraphe 97(1) « sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil ». Elle peut, entre autres, par règlement, « régir l'établissement de listes d'avocats de service » admis à recevoir des certificats, « enquêter sur les plaintes portées contre les avocats et les régler », « régir l'administration, l'annulation, la modification et la mainlevée des certificats » et « toute question nécessaire ou souhaitable pour réaliser les objets de la présente loi ». C'est en vertu de ce vaste pouvoir que le Règlement de l'Ontario 106/99 a été adopté. Les articles 31 et 32 de ce règlement confèrent au président d'AJO le pouvoir de radier le nom d'un avocat de la liste des avocats de service lorsqu'il a un « motif raisonnable » de croire que l'avocat « ne satisfait pas aux normes applicables, notamment les normes établies dans le cadre du programme d'assurance de la qualité de la Société ».

---

[134] L.O. 1998, ch. 26.

L'autre règlement qui est pertinent dans le cadre de notre examen est le Règlement de l'Ontario 107/99, qui établit le programme de « gestion des causes majeures » (GCM). Ce règlement prévoit la tenue d'une « réunion sur la gestion de la cause » entre l'avocat et le directeur régional dans les causes de grande envergure et coûteuses. La réunion vise à établir un budget et, ce qui est très important pour nos fins, deux dispositions de l'article 5 de ce règlement énoncent ce qui suit :

> (6) Le budget :
>
> a) énumère les étapes de l'instance que l'auteur de demande qui est raisonnable et dont les moyens sont modestes autoriserait en vertu d'un mandat privé s'il était informé des choix qui s'offrent à lui, des résultats possibles et des coûts s'y rapportant;
>
> b) précise la somme que représente le total prévu des honoraires et des débours à l'égard de ces étapes.
> [...]
>
> (12) Les comptes relatifs aux services fournis aux termes d'un certificat dans le cadre de l'instance sont liquidés conformément aux annexes et au budget.

Le cadre législatif ci-dessus exige sans aucun doute que les avocats qui acceptent des certificats d'aide juridique doivent offrir des services d'aide juridique de « haute qualité », « d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût ». En outre, la loi oblige AJO à « s'assurer » de fournir des services d'aide juridique de cette qualité. Si les avocats ne satisfont pas à ces normes « d'assurance de la qualité », leur admissibilité à figurer sur la liste des avocats de service pour des causes futures peut leur être retirée. Enfin, le « budget » pour les causes longues et complexes doit être limité uniquement aux « étapes » de l'instance qu'un client « raisonnable » aux « moyens [...] modestes » autoriserait en vertu d'un mandat privé, et tout compte qui est soumis doit être réglé conformément au « budget ».

Nous estimons que certains procès longs et complexes en Ontario ne sont pas menés conformément à ce cadre législatif et qu'AJO n'applique pas ce dernier de manière efficace. Plusieurs affaires relevant de la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario, et de nos quatre études de cas, n'ont pas été conduites de manière à offrir des services de « haute

qualité », ni « d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût ». Il devrait y avoir des conséquences en présence d'une telle situation, et pourtant il n'y en a aucune en raison de certaines contraintes qui sont dues à la manière dont les articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 sont rédigés. En outre, AJO n'applique pas présentement le Règlement de l'Ontario 107/99. Le budget est simplement fixé comme un montant global pour la préparation de la cause plutôt que comme un montant destiné à couvrir ces « étapes » de l'instance qu'un client « raisonnable » aux « moyens [...] modestes » autoriserait en vertu d'un mandat privé. En bref, aucun budget n'est établi indiquant des postes de dépenses; aucune obligation de rendre compte n'est imposée et la loi et sa réglementation ne sont pas appliquées à cet égard.

Par conséquent, nous sommes convaincus qu'il y aurait lieu d'améliorer grandement la surveillance et la gestion par AJO de ces causes longues et complexes.

2. L'indépendance du barreau

Toute initiative visant à assurer une plus grande surveillance et une meilleure gestion de la conduite des avocats de la défense doit tenir compte de l'indépendance des avocats de la défense. Nous avons déjà discuté de l'importance de l'indépendance de la police et de la Couronne, dans leurs propres sphères d'intervention, et nous avons fait valoir qu'il s'agissait bien là de principes constitutionnels. Il ne fait aucun doute qu'il en va de même de l'indépendance des avocats.

Dean Monahan a récemment réalisé une étude complète sur ce sujet. Il souligne que l'expression « l'indépendance du barreau » est susceptible de revêtir deux significations différentes[135] :

> [TRADUCTION]
> Même si l'on mentionne souvent l'expression « indépendance du barreau » dans les opinions juridiques et articles de doctrine, sa signification varie selon le contexte. Au moment d'examiner les sources constitutionnelles du concept, il est utile de faire la distinction entre deux sens différents fréquemment donnés à cette expression.

[135] Patrick Monahan, « The Independence of the Bar as a Constitutional Principle in Canada », in *In the Public Interest*, Toronto, Irwin Law, 2007, p. 118-120.

> Dans une interprétation plus étroite, l'« indépendance du barreau » sert à désigner la liberté de chaque avocat de conseiller ses clients ou de les représenter d'une façon qu'il croit justifiée par la situation objective, plutôt que de voir son opinion pondérée par des éléments qu'il ne considère pas comme pertinents. Par conséquent, ce premier emploi du concept d'indépendance désigne la faculté de l'avocat à assurer une représentation efficace de clients dans des dossiers, qu'ils soient litigieux ou non, sans pressions extérieures indues.
>
> Il faut reconnaître que l'indépendance d'un avocat peut être compromise, non seulement par des pressions extérieures indues exercées par le gouvernement ou d'autres sources, mais aussi par un échec de l'avocat à conserver une indépendance suffisante par rapport aux intérêts de son client.
> [...]
> Il existe toutefois un deuxième sens, légèrement plus large, où l'on emploie parfois l'expression « indépendance du barreau ». Cette idée plus large désigne l'indépendance de la profession dans son ensemble et sa condition de profession autonome.

C'est le premier emploi de l'indépendance du barreau qui nous intéresse dans le cadre de cet examen, à savoir « la faculté de l'avocat d'assurer une représentation efficace de clients [...] sans pressions extérieures indues ».

Dans ce premier sens, l'indépendance du barreau a peut-être été mieux décrite par le juge McIntyre dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia* dans laquelle il a déclaré ce qui suit[136] :

> Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d'une importance fondamentale dans l'administration de la justice tant en matière criminelle qu'en matière civile [...] je soulignerai qu'en l'absence d'une profession juridique indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. Dans l'exercice de ce que l'on pourrait appeler ses fonctions de nature privée, c'est-à-dire, en jouant le rôle de conseiller juridique et de représentant de clients devant les tribunaux judiciaires et autres, l'avocat se voit conférer de vastes pouvoirs non consentis aux membres d'autres professions libérales [...] Peu importe la norme

[136] [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187-188.

> qu'on applique, ces pouvoirs et fonctions sont essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité.

Le juge McIntyre a déclaré que l'indépendance vise à s'assurer de ce que l'avocat possède « l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle ». Plus récemment, le juge Binnie s'est exprimé sur la même question dans *R. c. Neal*[137] en ces termes :

> Si une partie à un litige n'est pas assurée de la loyauté sans partage de son avocat, ni cette partie ni le public ne croiront que le système juridique, qui leur paraît peut-être hostile et affreusement complexe, peut s'avérer un moyen sûr et fiable de résoudre leurs conflits et différends. La valeur d'un barreau indépendant se trouvera réduite si l'avocat n'est pas libre de tout conflit d'intérêts. En ce sens, la loyauté favorise la représentation efficace, sur laquelle repose la capacité d'un système contradictoire de résoudre les problèmes.

Ainsi, la compétence, la loyauté, l'absence de conflit d'intérêts et l'efficacité sont l'apanage d'un avocat indépendant. Certes, l'exigence voulant que l'avocat fournisse une aide efficace est devenue elle-même un principe d'ordre constitutionnel, car elle est essentielle au bon fonctionnement de notre système de justice. Comme l'affirme le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Joanisse*[138] en des termes qui ont été plus tard repris par la Cour suprême du Canada dans *R. c. B. (G.D.)*[139] :

> La représentation effective de l'accusé par un avocat rend l'issue du processus de débat contradictoire plus fiable puisque l'accusé a bénéficié de l'assistance d'un professionnel ayant acquis les compétences qui sont requises durant le procès. L'avocat compétent peut mettre à l'épreuve la preuve avancée par la poursuite en plus de rassembler des éléments de preuve et de présenter la thèse de la défense… Le droit à l'assistance effective d'un avocat favorise également le caractère équitable du processus décisionnel en ce qu'il adjoint à l'accusé un défenseur possédant les mêmes compétences que le poursuivant, compétences qui peuvent servir à faire bénéficier l'accusé de

---

[137] (2002), 168 CCC (3d) 321, p. 330-331 (CSC).
[138] (1995), 102 CCC (3d) 35, p. 57 (C.A. Ont.).
[139] (2000), 143 CCC (3d) 289, p. 297-298 (CSC).

> toute la panoplie des mesures de protection procédurale disponibles.
>
> Lorsque l'avocat ne représente pas l'accusé de façon effective, l'équité du procès en souffre, tant du point de vue de la fiabilité du verdict que du point de vue du caractère équitable du processus décisionnel menant à ce verdict. Dans certains cas, il en résulte une erreur judiciaire.

Les propositions que nous formulons dans cette partie et qui visent à améliorer la surveillance et la gestion de la conduite des avocats de la défense par AJO, devraient toutes être jaugées à l'aune de ces principes constitutionnels. L'objectif doit être de favoriser la compétence, la loyauté et l'efficacité, et non de les limiter. Autrement, l'administration de la justice en souffrira et le risque d'erreur judiciaire augmentera. Nous estimons que nos propositions sont toutes fondées sur l'importance qu'il convient d'accorder à l'indépendance du barreau et sur la nécessité d'encourager et de protéger le rôle crucial que le barreau occupe au sein du système de justice.

Les réformes que nous proposons dans cette partie peuvent être rangées dans deux vastes catégories : tout d'abord, améliorer la gestion initiale de la conduite des avocats de la défense; ensuite, améliorer les interventions après procès lorsque l'affaire a été menée d'une façon qui semble contrevenir à la *Loi sur les services d'aide juridique*.

3. Améliorer la gestion initiale et la surveillance de la conduite de la défense

En ce qui concerne la gestion initiale, nous avons déjà signalé l'existence du Règlement de l'Ontario 107/99 ci-dessus. AJO semble concéder, et nous en convenons avec elle, que ce règlement lui confère un pouvoir de déterminer « les étapes de l'instance que l'auteur de demande qui est raisonnable et dont les moyens sont modestes autoriserait en vertu d'un mandat privé », de limiter le budget à ces seules « étapes », et de régler le compte conformément à ce budget approuvé au préalable.

Cependant, AJO n'a jamais appliqué la réglementation de cette manière parce que, selon ce que l'on nous a rapporté, elle ne dispose pas des capacités suffisantes sur le plan légal ou administratif pour soutenir le type de pouvoir décisionnel dont elle aurait besoin pour remplir activement ce rôle de gestionnaire. Il existe environ 1 500 affaires par an qui sont

soumises au programme de la GCM en Ontario (en général, des affaires dont le budget dépasse 20 000 $) et AJO ne dispose tout simplement pas du personnel, du temps ou des ressources nécessaires pour surveiller de manière active le bien-fondé des décisions prises par un avocat dans toutes ces causes. En conséquence, AJO fixe un budget global pour la préparation de la cause, mais elle ne repère pas les questions qui sont suffisamment fondées pour justifier un financement public ni ne limite le financement au traitement de ces seules questions. Une fois le procès amorcé, l'avocat sera rémunéré pour le temps qu'il passe en cour ainsi que pour quatre heures de préparation par journée d'audience, peu importe la question qui fait l'objet du procès. En bref, AJO ne se met pas à la place du client « raisonnable » aux « moyens [...] modestes », mais se fie à l'avocat pour prendre des décisions raisonnables.

Les causes dont le budget dépasse les 75 000 $ sont soumises à un contrôle un peu plus serré, car AJO fait appel à l'expertise d'un Comité des exceptions pour la conseiller sur le budget approprié qu'il convient d'établir pour une affaire donnée. Ce comité est composé d'avocats éminents et il confère à AJO les meilleurs conseils possible, en fonction des circonstances de chaque affaire, sur les questions qui devraient être, de manière raisonnable, traitées par la défense. Cependant, le comité ne dispose pas du temps ni des ressources pour lui permettre d'accomplir sa mission avec plus d'efficacité. Les membres du comité sont des bénévoles qui essaient de se préparer aux réunions du comité qui ont lieu en soirée, souvent après avoir passé toute la journée en cour et sans avoir réellement eu le temps de consulter le dossier comme ils auraient dû le faire afin de pouvoir prendre des décisions vraiment éclairées et exécutoires. Le comité conseille les représentants d'AJO sur les motions préparatoires au procès ainsi que sur les questions qui semblent être fondées et devraient être poursuivies. Dans certaines causes, un représentant d'AJO assistera aux conférences préparatoires au procès importantes afin de réunir davantage de renseignements sur la stratégie que l'avocat se propose de suivre. Les membres d'expérience de la magistrature nous ont indiqué que cette pratique était très utile, car l'avocat soulève souvent des questions de financement au moment de la conférence préparatoire du procès. La présence d'un représentant d'AJO à la conférence préparatoire au procès permet au juge d'obtenir, directement de ce représentant, des réponses immédiates aux questions qu'il se pose[140].

---

[140] Le professeur Trebilcock, dans son rapport, a décrit la valeur du processus du Comité des exceptions et recommandé d'en élargir le rôle et d'en payer les membres, *supra*, note 126, p. 183 et 187 :

Le budget est ensuite établi, mais là encore, comme dans le cas des causes ordinaires soumises au programme de la GCM, AJO ne limite pas le compte de l'avocat uniquement aux questions que le Comité des exceptions estime fondées. L'avocat peut utiliser son budget global de préparation de la manière qu'il juge appropriée et il peut présenter toutes les motions qu'il veut en étant rémunéré en conséquence, et ce, quelle que soit l'opinion du Comité des exceptions.

Nous avons été informés que des avocats d'expérience siégeant au Comité des exceptions ont estimé, à quelques reprises, que près de la moitié des motions que les avocats se proposent de présenter sont non fondées, et que par conséquent, elles ne devraient pas être financées. AJO se servira de ce conseil au moment d'établir le budget global pour la préparation du dossier, mais elle versera néanmoins à l'avocat la totalité de ses honoraires, même ceux qui se rapportent à la présentation des motions les moins justifiées.

En d'autres termes, même dans le contexte de cette petite catégorie d'affaires onéreuses régies par le programme de la GCM, où AJO dispose d'une opinion d'experts siégeant à un comité d'avocats éminents, les dispositions du Règlement de l'Ontario 107/99 ne sont toujours pas appliquées. AJO éprouve de la difficulté à appliquer le critère du client « raisonnable » possédant des « moyens… modestes », et nous concédons que ce critère n'est pas facile à mettre en œuvre, de sorte qu'il est appliqué uniquement de manière générale au moment de fixer le budget global pour la préparation du dossier. Ce critère n'est pas du tout appliqué lorsqu'il s'agit de débattre une motion ou une question en cour. Un avocat qui

---

> « Enfin, AJO a approuvé une proposition visant à suivre un processus plus structuré lors des réunions des membres du Comité des exceptions, dont meilleurs soutien et analyse de la part des cadres supérieurs et meilleures lignes directrices relatives à la prise de décisions. Je crois savoir que les avocats de la défense qui traitent avec eux tiennent en haute estime les membres du Comité des exceptions et que ces derniers se conduisent avec professionnalisme et intégrité dans leur fonction. D'après les données d'AJO, le Comité des exceptions recommande des budgets qui sont en moyenne inférieurs de presque la moitié à ceux que lui proposent les avocats qui se présentent devant lui. Les membres du Comité des exceptions offrent bénévolement un service de grande valeur dans l'intérêt public. À mon avis, il conviendrait de les rétribuer quelque peu... Dans le cadre d'un ciblé, que je propose également dans un chapitre précédent, il se peut que les dossiers du Comité des exceptions se prêtent à un tel exercice. Le Comité des exceptions constitue déjà une certaine forme de contrôle par les pairs et il est très respecté. Son rôle peut être étendu de façon à y inclure une fonction d'évaluation, à divers stades de la procédure judiciaire ou à la fin d'un procès, ce qui permettrait d'étudier le déroulement d'une cause et son résultat. »

Nous souscrivons à ces recommandations.

comparaît dans le cadre d'une affaire *pour quelque motif que ce soit* sera rémunéré pour le temps qu'il passe en cour et pour quatre heures de préparation par journée passée en cour.

À notre avis, il ne s'agit pas là d'une conception acceptable du mandat d'AJO tel qu'il a été défini par la loi. Lorsque la défense dans un procès criminel est assurée par un avocat qui est rémunéré par des fonds privés, l'avocat et son client discutent de manière très pragmatique des questions qui sont fondées et par conséquent, qui devraient être soulevées. Les moyens financiers du client sont aussi abordés dans le cadre de ces discussions. En d'autres termes, l'avocat et son client réalisent une analyse coût-avantage. Cette « réduction » de l'affaire aux questions les plus fondées qui s'opère en pratique — la plupart des clients ne pouvant pas se permettre de consacrer de l'argent à des questions accessoires — a toujours été acceptée comme faisant partie intégrante du système de justice. Elle vise à centrer le procès sur les véritables enjeux. Le critère du client « raisonnable » aux « moyens… modestes » qui a été établi par la loi vise à reproduire ce type de discussions, AJO jouant le rôle du client qui doit payer la note. Le refus par AJO d'exercer ce rôle entraîne de graves anomalies. Nous créons ainsi un type de contentieux où tout et rien peut être examiné devant les tribunaux parce que personne ne met en œuvre une évaluation coût-avantage pragmatique. C'est évidemment la raison pour laquelle les procès criminels sont démesurément longs[141].

Nous reconnaissons qu'AJO éprouvera quelque difficulté à s'impliquer davantage dans la gestion du budget de l'avocat de la manière que nous recommandons, car, pour le moment, elle manque du temps, des ressources et de l'expertise nécessaires pour remplir pleinement les obligations qui lui incombent en vertu de la loi. Mais il ne s'agit, selon nous, que d'une question de mise en œuvre. AJO gère déjà les appels au criminel en évaluant de manière rigoureuse leur bien-fondé avant de délivrer un certificat, et nous estimons que la même approche devrait être étendue et appliquée à toute question ou motion dans le cadre d'un procès long et complexe qui exigera de l'avocat et du tribunal qu'ils y consacrent un temps et

[141] Le critère, prévu par la loi, du client « raisonnable » aux « moyens modestes » n'est pas seulement utilisé dans le Règlement de l'Ontario 107/99 dans le programme de gestion des causes majeures, comme l'énonce le par. 5(6) indiqué plus haut. Il sert aussi dans la section C de l'annexe 1 du même règlement traitant de façon générale des « Honoraires en matière criminelle ». Cette section énonce ce qui suit : « La présente annexe établit le tarif des services d'aide juridique qui correspond aux honoraires habituellement payés par le client dont les moyens sont modestes et, à moins de circonstances exceptionnelles, les honoraires prévus s'appliquent aux services d'aide juridique qui y sont décrits ». Il apparaît donc que l'on visait à appliquer le critère de façon étendue au tarif de l'aide juridique, que ce soit dans les affaires courantes ou dans les affaires exceptionnelles relevant de la gestion des causes majeures.

des ressources conséquents. AJO devrait commencer par mettre en œuvre nos recommandations dans ce domaine en sélectionnant un petit groupe d'affaires parmi les plus coûteuses et en leur appliquant la lettre et l'intention du Règlement de l'Ontario 107/99. Au fur et à mesure qu'AJO développera une expertise et des capacités, elle pourra étendre son régime de gestion des causes à la prochaine catégorie de causes. AJO sera inévitablement confrontée à des problèmes de ressources, et elle devra travailler avec le ministère du Procureur général à la préparation des soumissions au Conseil du Trésor pour financer ces initiatives de manière appropriée. Si notre Recommandation n° 21 est acceptée et que l'on constate qu'un nombre accru d'avocats éminents commencent à accepter les affaires les plus graves, il sera moins nécessaire d'assurer une surveillance et une gestion serrées du budget. Si le *statu quo* demeure, la nécessité de mettre en œuvre les recommandations formulées dans cette partie sera beaucoup plus impérieuse.

À notre avis, l'état actuel des capacités administratives d'AJO commande une mise en œuvre prudente et progressive de ces recommandations. Cependant, cela ne justifie pas d'ignorer l'objectif de la *Loi sur les services d'aide juridique*, qui est de fournir des services d'aide juridique de « haute qualité », « d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût ». Rémunérer des avocats pour qu'ils poursuivent les avenues qu'il leur semble bon d'emprunter dans le cadre de procédures judiciaires démesurément longues ne correspond pas à l'objectif fixé par la loi. Nous sommes convaincus qu'AJO appuie notre proposition de mise en œuvre progressive d'une gestion plus rigoureuse des causes, et que, en fait, elle prend déjà dans cette direction des mesures importantes dignes de mention.

Recommandation n° 22 :

Dans les affaires criminelles longues et complexes, AJO doit appliquer le Règlement de l'Ontario 107/99 en établissant un budget qui permette de repérer les questions en litige qu'un client « raisonnable » aux « moyens modestes » autoriserait de financer en vertu d'un mandat privé, et en acceptant de verser des honoraires en fonction d'une défense fondée sur ces questions. L'avocat doit ventiler ses honoraires de manière à ce qu'AJO ne rémunère que le travail qui est ainsi autorisé. Le budget peut être amendé au fur et à mesure que des questions importantes sont soulevées. Les questions mineures qui ne

requièrent que peu de temps en cour n'ont pas à être autorisées au préalable. Le critère établi par la loi est pratique et souple et devrait être utilisé pour éliminer du budget tout travail d'importance qui n'aurait pas de chance raisonnable de succès ou qui, même s'il était couronné de succès, ne ferait pas avancer de manière significative la défense du client. L'avocat est évidemment libre de soulever d'autres questions, si le client le lui demande et si l'avocat accepte, mais le travail qui en résultera ne doit pas être rémunéré à partir des deniers publics.

Recommandation n° 23 :

AJO doit se faire conseiller par une entité semblable au présent Comité des exceptions au moment où elle établit le budget d'une cause longue et complexe. Ce comité doit disposer des ressources appropriées et du temps suffisant pour étudier la cause au préalable, rencontrer l'avocat, lui poser les questions pertinentes au sujet de la stratégie de défense qu'il se propose de suivre, délibérer et ensuite conseiller AJO sur les questions et les motions qui sont suffisamment fondées et utiles pour mériter un financement par les deniers publics. Les membres de ce comité devraient être rémunérés pour le temps qu'ils consacrent à l'exercice de ces fonctions importantes prévues par la loi.

Recommandation n° 24 :

Un représentant expérimenté d'AJO devrait participer aux conférences préparatoires aux procès d'importance dans des causes majeures, lorsque c'est possible, afin d'observer la stratégie de défense qui est suivie et de réunir des renseignements sur celle-ci, en plus de répondre aux questions du juge présidant la conférence préparatoire au procès.

4. Améliorer les mesures après procès lorsque la cause semble avoir été défendue en contravention avec l'objectif fixé par la *Loi sur les services d'aide juridique*

En ce qui concerne les mesures après procès de la part d'AJO, lorsqu'une cause a été conduite d'une manière qui semble violer les exigences de la *Loi sur les services d'aide juridique*, nous sommes d'avis qu'il y a beaucoup à améliorer à cet égard.

On peut expliquer de plusieurs manières l'absence d'intervention jusqu'à présent sur ce point. Tout d'abord, AJO a amorcé, mais pas encore finalisé, l'établissement de normes d'assurance de la qualité qui visent à résoudre des questions telles que l'efficience et l'efficacité par rapport au coût, en plus de souligner l'importance de faire des admissions responsables, de ne pas argumenter des motions qui ne sont pas bien fondées et qui ne font pas progresser la défense, et de se concentrer sur les véritables enjeux soulevés par la cause. Ensuite, la rédaction actuelle des articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 qui prévoient la radiation du nom des avocats qui ne remplissent pas les normes « d'assurance de la qualité » de la liste des avocats en service, présente quelque difficulté. En particulier, la réglementation actuelle exige la tenue d'une audience orale complète devant le président d'AJO et elle ne prévoit que les sanctions les plus draconiennes, notamment, la radiation totale du nom de l'avocat de la liste. Enfin, les dispositions du paragraphe 92(8) de la *Loi sur les services d'aide juridique* ont créé une certaine confusion. En effet, ce paragraphe confère expressément au Barreau du Haut-Canada le pouvoir de procéder à des « vérifications d'assurance de la qualité » et interdit à AJO de réaliser elle-même ces « vérifications ». Ainsi, l'« assurance de la qualité » est perçue comme une compétence partagée, ce qu'elle est en réalité. La conséquence de cette situation est qu'aucune « vérification d'assurance de la qualité » n'a été réalisée ni par AJO ni par le Barreau du Haut-Canada au cours des 10 années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi, et qu'aucun avocat n'a jamais été radié de la liste en raison d'une non-conformité aux « normes d'assurance de la qualité ».

Nous estimons qu'il s'agit là de sérieuses lacunes qui doivent être toutes résolues. Fort heureusement, AJO est en faveur d'un changement sur ces points et elle prend déjà des mesures pour remédier à la situation.

En ce qui concerne tout d'abord l'absence de normes qui doivent s'appliquer aux avocats inscrits sur une liste particulière dans les causes longues et complexes, AJO a établi des normes régissant les avocats inscrits sur la liste des « affaires criminelles extrêmement sérieuses ». Comme leur nom d'indique, ces normes établissent des critères d'admissibilité pour les affaires dans lesquelles l'accusé a potentiellement le plus à perdre, par exemple, toutes les affaires de meurtre et les demandes de déclaration de délinquant dangereux. Les critères régissant l'inscription sur la liste des affaires criminelles extrêmement sérieuses sont

centrés quasi exclusivement sur l'expérience de l'avocat, plutôt que sur leur jugement ou leur efficacité. En particulier, ces normes exigent de l'avocat qu'il ait conduit 100 jours de procès contentieux ou d'enquêtes préliminaires dans une instance contentieuse, y compris un procès avec jury, cinq voir-dire et cinq demandes contestées en vertu de la *Charte* au cours des cinq dernières années. Ces normes ne sont pas très exigeantes sur le plan de l'expérience requise pour un procès long et complexe. En outre, elles sont incomplètes en tant que normes « d'assurance de la qualité » parce qu'elles ne mettent pas l'accent sur le jugement et l'efficacité de l'avocat, par exemple, de la manière indiquée plus haut. L'objectif d'AJO consistant à créer des normes régissant les avocats inscrits sur la liste des affaires criminelles extrêmement sérieuses était louable, notamment [TRADUCTION] « de créer une liste d'avocats de premier ordre sur lesquels on peut compter pour représenter des clients de manière compétente, responsable et efficace dans les affaires criminelles les plus sérieuses ». Pour atteindre cet objectif, AJO doit formuler des normes « d'assurance de la qualité » plus rigoureuses et complètes, comme l'exige le paragraphe 92(1) de la *Loi sur les services d'aide juridique*. AJO souscrit à cette perspective et elle a déjà amorcé une initiative pour réviser les normes régissant les avocats inscrits sur la liste des affaires criminelles extrêmement sérieuses et les élargir de la manière suggérée.

L'importance des normes « d'assurance de la qualité » ne se situe pas seulement au stade de l'admissibilité, mais aussi au moment de décider si l'avocat possède les qualifications requises pour être inscrit sur la liste des affaires criminelles extrêmement sérieuses. Elles sont nécessaires, car elles fondent la radiation *ex poste* du nom d'un avocat de n'importe quelle liste des avocats d'aide juridique en service pour AJO. L'article 31 du Règlement de l'Ontario 106/99 prévoit expressément comme motif de radiation d'une liste le non-respect des « normes... établies dans le cadre du programme d'assurance de la qualité ». AJO se plaint avec raison de la rédaction de ce règlement; elle fait valoir qu'il doit être modifié de deux manières, ce que nous approuvons. Tout d'abord, il faut prévoir des sanctions intermédiaires et moins sévères autres que la radiation totale de la liste lorsqu'un avocat ne satisfait pas aux normes exigées par la *Loi sur les services d'aide juridique*. Ensuite, l'exigence d'une audience orale complète ne correspond pas au degré de justice naturelle approprié pour les personnes qui passent des contrats avec le gouvernement, y compris les

avocats, et qui cherchent à obtenir des fonds publics. AJO nous a informés que lorsqu'elle tente d'exercer les pouvoirs conférés par les articles 31 et 32, notamment de radier le nom d'un avocat de la liste, les procédures se sont invariablement enlisées dans des audiences orales complexes.

À cet égard aussi, la Legal Services Society of British Columbia a conçu un modèle de travail utile qui montre comment les articles 31 et 32 pourraient être améliorés. En vertu de la « Referral Eligibility Policy »(Politique d'admissibilité à un suivi)[142] de la Colombie-Britannique, c'est le directeur/la directrice qui tranche définitivement la question, et il ou elle dispose d'un éventail de sanctions bien plus large que celui qui existe en Ontario pour les avocats qui ne satisfont pas aux [TRADUCTION] « normes professionnelles applicables » ou ne fournissent pas « une qualité de service acceptable ». Le directeur peut [TRADUCTION] « imposer des conditions à l'admissibilité d'un avocat à accepter des mandats de la Legal Services Society ou bien suspendre son inscription sur la liste de manière temporaire ou permanente ». Selon ce régime, un avocat peut être averti ou suspendu pour une courte période et mis en quelque sorte en période de probation, ce qui exige qu'il prenne certaines mesures pour améliorer ses normes de pratique, avant de se voir imposer la sanction ultime de radiation permanente.

La politique de la Colombie-Britannique n'exige pas une audience orale complète avant d'invoquer l'une de ces mesures de redressement. Selon la procédure qui est établie, le gestionnaire mène une enquête dès qu'il reçoit [TRADUCTION] « des renseignements suggérant qu'un avocat ne satisfait pas aux normes professionnelles applicables [ou] n'offre pas une qualité de service acceptable ». Après avoir réuni ces « renseignements préliminaires », le gestionnaire doit « informer l'avocat de la nature des préoccupations du Barreau du Haut-Canada » et par la suite « entendre les déclarations que l'avocat juge approprié de faire et fixer des délais à cette fin ». Le gestionnaire remet ensuite au directeur un rapport de ses recommandations et le directeur peut entendre les autres « déclarations que l'avocat juge appropriées ». Le directeur décide ensuite quelle mesure prendre, le cas échéant[143].

---

[142] British Columbia Legal Services Society, *Referral Eligibility Policy*, 26 septembre 2006, révisé le 9 octobre 2007. En ligne : www.lss.bc.ca.
[143] *Ibid.*

Cette procédure a récemment été utilisée en Colombie-Britannique pour radier le nom d'un avocat de la liste. L'avocat a demandé une révision judiciaire et le juge Wong a confirmé la validité des processus de la Colombie-Britannique, car ils offrent un niveau approprié de justice naturelle, notamment [TRADUCTION] « en ce qu'ils prévoient la divulgation de renseignements et la possibilité pour l'avocat de répliquer, et l'obligation pour le directeur de motiver sa décision ». La vitesse et l'efficacité des processus de la Colombie-Britannique sont dignes de mention parce que la Legal Services Society a mis à peine plus de deux mois pour enquêter, aviser l'avocat, l'informer de ce qui lui était reproché, recevoir sa réplique et ensuite radier son nom de la liste. La révision judiciaire qui a débouché sur la confirmation de la décision du directeur a pris huit autres mois[144].

La dernière des explications au manque d'intervention dans ce domaine, notamment la confusion créée par le paragraphe 92(8) de la *Loi sur les services d'aide juridique*, peut être traitée facilement. Il convient de rappeler que le paragraphe 92(1) de la *Loi sur les services d'aide juridique* prévoit une obligation en des termes qui méritent d'être répétés :

> La Société crée un programme d'assurance de la qualité pour s'assurer de fournir des services d'aide juridique de haute qualité d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût (*souligné par nous*).

Cette obligation incombe à AJO et non au Barreau du Haut-Canada. Le paragraphe 92(2) de la même loi prévoit un outil qui « peut » être utilisé dans l'exercice de l'obligation lui incombant en vertu du paragraphe 92(1), à savoir :

> Pour l'application du paragraphe (1) et sous réserve du paragraphe (8), la Société peut procéder à des vérifications d'assurance de la qualité auprès des fournisseurs de services, des cliniques, des sociétés étudiantes de services d'aide juridique ou d'autres entités que finance la Société et qui fournissent des services d'aide juridique (*souligné par nous*).

---

[144] *Wise c. Legal Services Society 2008* BCSC 255. Avant d'élaborer sa *Referral Eligibility Policy* (politique d'admissibilité à un suivi) en septembre 2006, et de la réviser par la suite en octobre 2007, la Legal Services Society avait tenté de retirer l'admissibilité d'un avocat différent et a été critiquée en révision judiciaire pour violation des principes de justice naturelle. Voir *B.A.E. and Goldberg c. Legal Services Society 2007* BCSC 1721. La nouvelle politique constitue une réaction réussie à cette décision.

Ce pouvoir de vérification discrétionnaire énoncé au paragraphe 92(2) constitue une sanction assez draconienne dans la mesure où le paragraphe 92(3) confère à la personne qui procède à la vérification le pouvoir de pénétrer dans les bureaux du fournisseur de services sans mandat « pendant les heures d'ouverture et après leur avoir remis un avis » et d'« examiner leurs dossiers concernant la prestation de services d'aide juridique ». Enfin, le paragraphe 92(8) dispose que lorsque l'objet de la vérification est un avocat qui exerce sa profession en pratique privée, et non pas dans une clinique, AJO « ne doit pas elle-même procéder à des vérifications d'assurance de la qualité auprès des avocats qui fournissent des services d'aide juridique, mais plutôt enjoindre au Barreau de le faire ». Le paragraphe 92(12) exige que le Barreau du Haut-Canada fasse rapport à AJO des résultats de la vérification.

La loi par conséquent établit une obligation de large portée visant à « créer un programme d'assurance de la qualité » pour « s'assurer » que les services d'aide juridique soient fournis « d'une manière efficiente et efficace par rapport au coût ». Cette obligation est imposée tout bonnement à AJO et non pas au Barreau du Haut-Canada. Le fait que des moyens extrêmes sont prévus pour l'exécution de cette obligation — soit le pouvoir discrétionnaire et sans nécessité d'un mandat, de pénétrer dans les bureaux de l'avocat et de fouiller ses dossiers — sont conférés au Barreau du Haut-Canada et non pas à AJO, ne doit pas faire oublier la vaste portée de l'obligation. Il existe de nombreuses façons, autres que les fouilles sans mandat des bureaux des avocats, d'établir un « programme d'assurance de la qualité ». On pourrait en premier lieu établir « des normes d'assurance de la qualité » exhaustives, en particulier pour les causes longues et complexes. Ensuite, si les décisions du juge de première instance ou les déclarations qui figurent au dossier, le jugement de la Cour d'appel ou même les rapports des médias sur une affaire donnée soulèvent des questions au sujet de la qualité, de l'efficacité, de l'efficience de la conduite de certains avocats dans l'affaire, on devrait s'attendre à ce qu'AJO dispose d'un « programme » en place pour examiner l'affaire en question ou plusieurs autres causes sans nécessairement exiger une vérification complète par le Barreau du Haut-Canada de la pratique de l'avocat en cause. En Colombie-Britannique, nous avons été informés que cette situation s'était produite après une critique particulièrement virulente de la Cour d'appel au sujet de la conduite d'un avocat dans

une série d'appels[145]. Nous examinerons en détail cette cause dans le Chapitre 6, lorsque nous aborderons les responsabilités du Barreau du Haut-Canada.

En tout état de cause, nous avons été avisés qu'AJO avait procédé à de nombreuses vérifications en matière d'assurance de la qualité de cliniques d'aide juridique et d'autres organismes qui fournissent des services d'aide juridique, mais qu'elle n'avait jamais demandé au Barreau du Haut-Canada de faire la même chose à l'endroit d'un avocat exerçant à son propre compte. À en juger par le nombre de décisions de première instance et en appel qui existent maintenant en Ontario dans les causes longues et complexes, et qui soulèvent des questions concernant la conduite de divers avocats, il semble difficile d'accepter qu'il n'y a jamais eu de raison de procéder à une « vérification d'assurance de la qualité » au sens du paragraphe 92(8) à l'égard d'un avocat à titre individuel. Ce pouvoir n'est tout simplement pas utilisé. Une fois encore, nous avons été informés qu'AJO est favorable à des changements sur ce point et qu'elle a accepté de travailler avec le Barreau du Haut-Canada afin d'établir un protocole sur l'exercice du pouvoir de procéder à une vérification d'assurance de la qualité qui est prévue par le paragraphe 92(8).

En conclusion de cette partie, nous souhaitons faire écho aux préoccupations du professeur Trebilcock au sujet de la nécessité, par AJO, d'examens après procès plus serrés de la qualité, de l'efficience et de l'efficacité du travail exécuté par l'avocat. Nous partageons plus particulièrement son opinion voulant que cette compétence soit séparée et indépendante du pouvoir de discipline et de qualification des avocats exercé par le Barreau du Haut-Canada[146] :

> Même si AJO a fait d'indéniables progrès en instaurant d'importantes mesures de contrôle de la qualité dans le système, dont les critères de qualification pour devenir membres des divers groupes (p. ex., droit pénal, droit de la famille, droit de l'immigration) d'avocats inscrits sur les listes d'aide juridique, ces formes de contrôle ne sont guère utiles pour traiter la question des compétences par la suite (*souligné par nous*). Si AJO a en place un système de traitement des plaintes, il semble,

[145] Voir *R. c. Dunbar et al.* (2003), 191 B.C.A.C. 223 (C.A. C.-B.).

[146] *Supra*, note 126, p. 176-177. Pour d'excellentes analyses du contrôle par les pairs en tant qu'outil d'assurance-qualité, voir : F. Zemans & J. Stribopoulos, *supra*, note 125; A. Paterson, « Peer Review and Quality Assurance », [2007] 13 Clinical L. Rec. 757.

> toutefois, que la clientèle le connaisse mal. En outre, je ne comprends pas très bien personnellement la procédure que suit AJO après réception d'une plainte. Le rôle respectif d'AJO et du Barreau du Haut-Canada quant aux mesures de discipline à prendre, le cas échéant, contre des fournisseurs de services d'aide juridique participant aux divers programmes dont AJO est responsable reste ambigu. Même s'il peut convenir qu'AJO renvoie devant le Barreau du Haut-Canada les plaintes les plus graves d'inconduite flagrante pour que celui-ci les examine et prenne, s'il y a lieu, les mesures disciplinaires voulues, dans la mesure surtout où il applique maintenant un programme plus proactif d'assurance de la qualité, il faudrait qu'AJO ait au moins une procédure bien définie lui permettant d'exclure les avocats qui se sont qualifiés antérieurement et figurent sur la liste de l'aide juridique, en attendant que le Barreau du Haut-Canada impose d'autres sanctions (*souligné par nous*). Même si je ne recommande pas pour l'instant l'adoption du système très proactif, systématique et onéreux de contrôle des fournisseurs de services d'aide juridique par leurs pairs qui a été récemment mis en place au Royaume-Uni, une forme plus ciblée d'inspection professionnelle pourrait se justifier lorsque les plaintes du public ou des irrégularités dans la facturation laissent à penser qu'un examen plus précis des dossiers d'un avocat de l'aide juridique s'impose pour déterminer s'il convient de le garder sur les listes d'AJO (*souligné par nous*) ou de renvoyer son cas devant le Barreau du Haut-Canada pour que ce dernier effectue une enquête approfondie et prenne les mesures disciplinaires voulues.

Nous souhaitons simplement ajouter que ces examens après procès n'ont pas besoin d'être déclenchés en conséquence des plaintes des clients. Les décisions des juges de première instance et les jugements de la Cour d'appel sont les meilleurs indicateurs de l'existence de problèmes qui mériteraient d'être examinés par AJO. En outre, les rapports dans les médias au sujet d'une cause longue qui connaît certaines difficultés ou des rapports d'un autre avocat pourraient être une raison suffisante pour amorcer une enquête.

Recommandation n° 25 :

AJO doit élaborer des normes complètes d'assurance de la qualité pour être en mesure de remplir l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 92(1) de la *Loi sur les services d'aide juridique*. Dans le contexte de procès longs et complexes, ces normes

devraient mettre l'accent sur l'importance des devoirs de l'avocat en tant qu'officier de justice, y compris l'indépendance de l'avocat vis-à-vis de son client ainsi que le devoir de loyauté de l'avocat envers son client. En particulier, l'importance de faire des admissions responsables lorsque les questions ne peuvent pas être raisonnablement contestées, de refuser de présenter des motions qui n'ont pas de réelles chances de succès ou qui ne font pas progresser la défense du client de manière significative, de contre-interroger et d'interroger des témoins de manière succincte et efficace et de se concentrer en général sur les questions importantes de l'affaire, devraient tous être soulignés comme les marques de services juridiques de haute qualité.

Recommandation n° 26 :

Les articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 devraient être amendés pour offrir une gamme de recours au président lorsqu'il a un « motif raisonnable » de croire qu'un avocat ne satisfait pas aux normes de professionnalisme ou aux normes « d'assurance de la qualité ». Les recours devraient inclure l'imposition de conditions à l'inscription d'un avocat sur la liste, la suspension temporaire ou permanente de l'inscription d'un avocat sur la liste. En outre, l'exigence d'une audience orale complète devant le président devrait être remplacée par un régime qui prévoie un avis, une divulgation, des répliques écrites et la motivation des décisions prises par le président. La *Referral Eligibility Policy* de la B.C. Legal Services Society est un modèle utile pour procéder à la modification des articles 31 et 32.

Recommandation n° 27 :

AJO doit élaborer un programme d'enquêtes et d'examens individuels après procès ainsi qu'un programme de vérification complète, conformément à son devoir d'assurance de la qualité qui découle du paragraphe 92(1). Ces enquêtes pourraient être déclenchées en conséquence des plaintes, des décisions ou des déclarations du juge de première instance, des jugements de la Cour d'appel, des renseignements fournis par un autre avocat ou par les membres du Comité des exceptions ou à la suite d'une information divulguée par

les médias ou provenant du Barreau du Haut-Canada. Advenant le cas où ces enquêtes préliminaires soulèveraient des inquiétudes au sujet de la conduite de la cause par un avocat, un examen complet de la cause par un expert neutre devrait alors être ordonné. Si l'examen révèle l'existence de graves problèmes systémiques, une vérification de plus grande envergure de la pratique de l'avocat peut être justifiée. Le devoir d'AJO de procéder à ces enquêtes et de diriger ces examens est indépendant et distinct de la compétence que possède le Barreau du Haut-Canada en matière de discipline et de qualification des avocats. Selon les résultats de l'examen, AJO devrait prendre des mesures conformément aux articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 concernant l'inscription d'un avocat en particulier sur la liste des avocats de service.

E. Préparer la prochaine génération d'éminents avocats

Avant de clore ce chapitre, il convient d'aborder un dernier sujet qui est indépendant de la question de savoir s'il faut adopter la première ou la seconde approche à la réforme, à savoir la nécessité de préparer la prochaine génération d'éminents avocats.

Notre examen a permis de déceler les inquiétudes réelles des participants au système de justice suscitées par le déclin du mentorat au sein des avocats de la défense. Pour devenir d'éminents avocats, il est important que les jeunes avocats acquièrent des compétences et un bon jugement en observant et en travaillant avec les meilleurs avocats d'expérience. Nous examinerons cette question de manière plus approfondie dans le Chapitre 6, mais nous estimons que les tarifs de l'aide juridique pourraient être utilisés comme un outil pour favoriser les stages dirigés par des mentors et favoriser la préparation de la prochaine génération d'éminents avocats de la défense.

Le professeur Trebilcock a relevé la vulnérabilité actuelle d'AJO qui est due au défaut apparent de préparer une nouvelle génération d'avocats chevronnés qui accepteraient des certificats d'aide juridique pour un grand volume d'affaires même mineures[147] :

> Aide juridique Ontario compte sur un petit nombre d'avocats chevronnés pour assurer la majorité des services d'aide juridique... Le fait d'utiliser un petit nombre d'avocats

[147] *Supra*, note 126, p. 119.

> chevronnés pour assurer la majorité des services dans le cadre du programme de certificats d'aide juridique pose des risques, même si l'on tient compte des avantages que comportent leur expérience et compétences spécialisées. Il suffirait d'une légère baisse du nombre d'avocats pour que les services offerts aux clients en pâtissent beaucoup. La perte d'un grand nombre d'avocats dans les petites collectivités ou dans les communautés rurales entraînerait donc de graves conséquences.

Dans le cadre de ce portrait démographique « risqué », le nombre d'avocats qui sont désireux et capables d'assumer une défense compétente et responsable dans le cadre d'un procès long et complexe d'aide juridique est également faible. À défaut pour AJO de contribuer à la préparation de la prochaine génération d'avocats capables de s'occuper de ces causes, les conséquences futures seront graves.

Quoi qu'il en soit, les causes longues et complexes exigent plus qu'un seul avocat pour mener la défense de manière efficace. L'avocat chevronné n'acceptera pas ces causes sans l'assistance d'un avocat adjoint. Cette pratique est également rentable pour AJO, car l'avocat adjoint peut assumer la plus grande partie du travail de préparation à un tarif plus faible que celui de l'avocat d'expérience. Nous comprenons qu'AJO autorisera qu'un avocat adjoint aide à préparer la cause et participe au procès avec l'avocat expérimenté, mais que le taux de rémunération pour la participation au procès est si faible qu'il est antiéconomique[148]. AJO devrait augmenter le tarif de rémunération des avocats adjoints pour qu'ils comparaissent au procès avec l'avocat d'expérience, tant pour tirer parti des avantages inhérents au mentorat que pour favoriser l'acceptation de ces causes par les avocats d'expérience. La Couronne a investi dans ce type de mentorat pour ses avocats adjoints ainsi que dans le soutien de ses avocats d'expérience, et AJO devrait suivre son exemple.

Recommandation n° 28 :

AJO devrait augmenter le taux de rémunération des avocats adjoints qui comparaissent au procès avec les avocats d'expérience dans les causes longues et complexes.

[148] Le tarif accorde aux avocats moins expérimentés 50 % de son taux normal lorsqu'ils sont autorisés à participer à un procès en compagnie d'un avocat d'expérience dans une cause majeure. En supposant que l'avocat en second compte moins de quatre années d'expérience, cela signifierait qu'AJO le paie 38 $ l'heure.

CHAPITRE 6 : Conseiller, diriger, et au besoin discipliner, un procureur de la Couronne ou un avocat de la défense

A. Introduction

Comme discuté dans le Chapitre 2, une tendance remarquable de notre ère moderne est que les avocats semblent entretenir entre eux des relations de plus en plus acrimonieuses. Nos quatre études de cas ont toutes révélé une hostilité ouverte, un conflit, des sarcasmes ou de graves allégations de mauvaise conduite contre tel ou tel avocat. Par exemple, dans *R. c. Mallory and Stewart*, la Cour d'appel a estimé qu'il était nécessaire de relever le [TRADUCTION] « degré malheureux d'acrimonie entre les avocats »[149]. Certes, il existe maintenant en Ontario une jurisprudence considérable de la Cour d'appel qui va bien au-delà de nos quatre études de cas, et qui traite directement de ce phénomène d'incivilité dans les salles d'audience. L'arrêt *R. c. Felderhof* est la plus importante affaire à traiter de ce sujet[150].

L'impact de ce genre de comportement sur la durée des procès criminels est évident. Comme l'indique le juge Moldaver, l'avocat qui a oublié son devoir professionnel de courtoisie et de respect envers la partie adverse s'arrêtera de [TRADUCTION] « communiquer de façon pertinente et productive, pour ne plus penser qu'à sauter à la gorge de son confrère »[151]. Cependant, l'impact va au-delà de la simple interruption de la communication. Dans *Felderhof*, le juge Rosenberg a décrit les répercussions plus profondes lorsque des allégations de « motifs illégitimes ou de mauvaise foi » étaient présentées contre l'avocat de la partie adverse[152] :

> [TRADUCTION]
> Ces types d'observations perturbent sérieusement le déroulement ordonné du procès. Elles détournent l'attention du poursuivant et du juge de première instance des vraies questions en litige

---

[149] *Supra*, note 2, paragr. 4.
[150] *Supra*, note 95, p. 533-541. Michael Code passe en revue l'ensemble de la jurisprudence sur ce sujet dans « Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007) 11 Can. Crim. L.R. 97.
[151] *Supra*, note 93.
[152] *Supra*, note 95, p. 539.

Lorsque les avocats cessent de communiquer entre eux, rien ne peut être résolu à l'amiable et chaque question est débattue en salle d'audience. En outre, l'acrimonie en salle d'audience détourne le procès de ses véritables objectifs et le juge risque de perdre sa concentration. Le résultat inévitable est que les causes longues et difficiles se prolongent et se compliquent encore davantage. Il est probablement prudent de dire que chaque mégaprocès dysfonctionnel aura été caractérisé par des relations hostiles et peu civiles entre les avocats. Nous estimons qu'il s'agit là d'un problème sérieux qui doit être résolu, si nous voulons rendre les longs procès criminels en Ontario plus efficaces et plus centrés sur les véritables enjeux.

L'incivilité en salle d'audience n'est pas professionnelle, car elle viole les règles les plus élémentaires de la conduite professionnelle[153]. L'incivilité porte aussi atteinte aux obligations de l'avocat en vertu de la common law en tant qu'« officier de justice »[154]. Il a toujours existé à la cour criminelle une petite minorité d'avocats, tant du côté de la Couronne que de la défense, dont la courtoisie et le professionnalisme laissaient à désirer. Il y a quelque 30 ans, alors que les procès criminels étaient généralement courts et simples, ces avocats avaient un impact minimal sur l'efficacité d'ensemble du système de justice. Maintenant que les procès criminels sont longs et complexes, les dommages causés par ce genre d'avocats sont beaucoup plus importants. Lorsqu'une cause majeure, très publicisée, est menée d'une manière irresponsable soit par le procureur de la Couronne, soit par l'avocat de la défense, les coûts financiers et humains et, surtout, l'atteinte à la confiance du public dans le système de justice, peuvent être très substantiels. Ainsi, le besoin de faire appliquer le *Code de déontologie* et les obligations relevant de la common law qui incombent aux « officiers de justice » est devenu plus pressant aujourd'hui.

Nous souhaitons souligner avec force que la grande majorité des affaires criminelles sont conduites de manière professionnelle par des avocats compétents et dévoués, tant du côté de la poursuite que de la défense. Tous les participants à notre examen n'ont cessé de nous répéter que seul un petit nombre d'avocats, des deux côtés de la barre, se conduisaient d'une

---

[153] *R. c. Felderhof, supra,* note 95, p. 540. Par exemple, le *Code de déontologie professionnel de l'Association du Barreau du Haut-Canada,* du 22 juin 2000, stipule à la règle 4.01(6) que « L'avocat ou l'avocate fait preuve de courtoisie, de civilité et de bonne foi envers le tribunal et toutes les personnes avec qui il entre en contact en cours d'instance ». La règle 6.03(1) édicte une obligation encore plus étendue « de courtoisie, de civilité et de bonne foi envers le tribunal et toutes les personnes ».

[154] *R. c. Felderhof, supra,* note 95, p. 536 et 539.

manière non professionnelle, voire irresponsable. Malheureusement, leur impact est disproportionné lorsqu'ils participent à des causes longues et complexes.

Nous sommes convaincus que nous pouvons également apporter des améliorations dans ce domaine. Il est important de faire la distinction, dès le début, entre le rare cas d'inconduite professionnelle et le phénomène différent du manque de jugement, de la défense inadéquate des intérêts d'un client, de l'inexpérience ou, simplement, du manque de conseils et de direction de la part des mentors. Cette dernière situation est celle qui prévaut le plus, mais elle peut aussi prolonger et retarder une cause d'envergure complexe. Nous l'aborderons dans un premier temps, puis nous examinerons le problème moins fréquent de l'inconduite professionnelle.

B. Inexpérience, manque de conseils, manque de jugement et défense inadéquate des intérêts du client

Dans le chapitre précédent, nous avons noté que 55 % des certificats conférés dans le cadre du programme de gestion des causes majeures sont délivrés à des avocats qui possèdent moins de 10 ans d'expérience, et que 28 % de ces 55 % sont remis à des avocats qui ont moins de quatre ans d'expérience. Nous avons été informés qu'un phénomène semblable a été enregistré chez les avocats de la Couronne et que les causes majeures sont attribuées de plus en plus à des procureurs peu expérimentés. Il n'est donc pas surprenant que certains de ces avocats aient besoin d'être guidés et conseillés. En outre, le système de justice recèle d'avocats d'expérience, tant du côté de la Couronne que de celui de la défense, qui n'ont tout simplement pas un bon jugement. Eux aussi auraient besoin d'être guidés et conseillés.

Il existe différentes solutions à ce problème, selon que l'avocat qui a besoin d'être guidé et conseillé agit pour la Couronne ou pour la défense. Commençons par l'avocat de la Couronne.

1. Surveiller et conseiller l'avocat de la Couronne dans les causes longues et complexes

Ce sujet s'est révélé délicat durant notre examen parce que nos meilleurs procureurs ont généralement de fortes personnalités et qu'ils sont très fiers de leurs compétences et de leur jugement. Aussi, ont-ils naturellement tendance à réfuter toute suggestion selon laquelle

ils auraient besoin d'un comité de surveillance pour regarder par-dessus leur épaule et deviner leurs intentions lorsqu'ils prennent des décisions dans les causes longues et complexes. Nous comprenons leur position, c'est pourquoi nous soulignons dès l'abord que les causes longues et complexes doivent être attribuées, en premier lieu, à nos procureurs les plus capables et les plus respectés. Ils risquent beaucoup moins de faire des erreurs de jugement et ils nécessiteront une surveillance bien moins serrée. Ils sont aussi davantage susceptibles d'être de bons communicateurs, qui comprennent et acceptent le rôle de l'avocat de la défense. Il s'agit là de critères importants à considérer au moment d'assigner un avocat de la Couronne à une cause longue et complexe.

Nous savons que cela n'est pas toujours le cas et que des causes majeures sont attribuées en réalité à des avocats de la Couronne qui auraient bien besoin d'être conseillés et guidés. Par conséquent, nous devons concevoir un système souple, susceptible de conférer à l'avocat de la Couronne le plus compétent une grande indépendance, tout en permettant une surveillance plus étroite de l'avocat le moins capable.

En concevant un tel système, le principe constitutionnel du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et de l'indépendance de l'avocat de la Couronne, discuté au Chapitre 3, ne saurait constituer une contrainte. Le pouvoir de poursuivre ou de ne pas poursuivre est conféré au procureur général, tant en common law en vertu de la prérogative royale que sous les diverses lois qui sous-tendent le ministère du Procureur général et le bureau des procureurs de la Couronne. Le procureur général délègue ces pouvoirs aux avocats de la Couronne qui agissent alors comme ses mandataires. Le principe constitutionnel de l'indépendance protège *à la fois* le procureur général et ses mandataires de toute ingérence *extérieure*[155] :

> [...] Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public.
>
> Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général a prise dans l'exercice du

[155] *Krieger et al c. Law Society of Alberta*, supra, note 33, p. 107-111 et 114-115. Les lois de l'Ontario sont la *Loi sur le ministère du Procureur général*, L.R.O. 1990, M.17 et la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1990, C.49.

> pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux, les autres membres de l'exécutif et les organismes créés par une loi, tels les barreaux des provinces, font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Par conséquent, si le procureur général enjoint les représentants du ministère à établir un système *interne* de surveillance et de supervision des poursuites majeures, pour des raisons non politiques reliées à l'efficacité de ces poursuites, il n'y a pas d'ingérence inappropriée dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. En bref, l'indépendance est un principe institutionnel qui isole tant le procureur général que tous les procureurs de la Couronne de toute ingérence politique active, des pressions inappropriées et de toute considération qui les distraient de leur fonction quasi-judiciaire qui consiste à évaluer de manière objective chaque cause et les mesures à prendre dans le cadre de celle-ci. Il ne s'agit pas d'un principe individuel qui isole de toute direction et de toute supervision l'avocat inexpérimenté ou mal dirigé.

Comme souligné ci-dessus, à l'époque des procès longs et complexes, le système de justice ne peut se permettre de graves erreurs de jugement dans des causes majeures, en particulier lorsque ces erreurs auraient pu être évitées par une surveillance exercée par des collègues expérimentés et respectés. Le premier et plus important degré de surveillance et de responsabilisation est le procureur de la Couronne dans le cadre du bureau local des poursuites judiciaires. En ce qui concerne certaines unités spécialisées, comme le Bureau des avocats de la Couronne – droit criminel et le Groupe d'intervention contre les bandes criminalisées et les armes à feu à Toronto, nous considérons que le directeur possède des responsabilités similaires à celles du procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire.

Le procureur de la Couronne qui occupe une fonction de gestionnaire assume diverses responsabilités, dont la plus importante, à notre avis, consiste à superviser et à surveiller les principales poursuites dont s'occupe son bureau. Si une cause majeure a été attribuée à un procureur particulièrement compétent et expérimenté, la supervision peut être moins serrée et consister, par exemple, en des rapports oraux et des discussions périodiques. Si la cause a été attribuée à un avocat moins expérimenté ou moins compétent, la supervision se doit d'être plus formelle et plus fréquente.

Nous avons été informés que ces traditions ont décliné avec l'ère moderne, parce que le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire se retrouve désormais enseveli sous des tâches substantielles reliées à l'administration et à la paperasserie, et qu'il n'a pas le temps de surveiller les poursuites majeures dont s'occupe son bureau ni d'y apporter son aide. Loin de nous l'idée de diminuer l'importance que revêtent ces tâches administratives. Par exemple, les décisions reliées à l'embauche, à la promotion et à l'évaluation du rendement du personnel du bureau sont cruciales, et il dépendra d'elles que le bureau soit doté des meilleurs jeunes avocats qui éventuellement prendront ces causes difficiles. Cependant, nous suggérons que certaines de ces tâches administratives soient déléguées à des adjoints ou à des membres du personnel autres que les avocats. La seule tâche qui ne devrait généralement pas être déléguée, parce qu'elle a trait au rendement de la fonction principale du bureau, est la supervision et la surveillance des causes majeures.

Parfois, le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire devra rappeler à l'ordre un procureur peu avisé qui n'a plus assez de distance par rapport à la cause, qui a perdu son objectivité et prolonge indûment les procédures, ou est sur le point de commettre une faute grave. À d'autres occasions, il devra encourager un procureur timide qui n'a pas su présenter sa position avec assez de conviction et de vigueur, ou qui est sur le point d'abandonner un dossier qui devrait faire l'objet d'une poursuite judiciaire. Dans l'un ou l'autre de ces cas, le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire doit encadrer, superviser et guider les poursuites majeures dont s'occupe son bureau. Dans les bureaux particulièrement importants, les adjoints et chefs d'équipe peuvent l'aider dans cette tâche.

En exécutant ces tâches, le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire devrait établir des liens avec les autres avocats de la Couronne qui travaillent dans le bureau, avec la police, les juges locaux et aussi le barreau, afin d'être tenu au courant de tout problème susceptible de survenir dans le cadre d'une cause majeure. Il devrait aussi se rendre en cour de temps en temps pour observer ou apporter son aide. En bref, il doit être aussi renseigné que possible au sujet de l'état des causes majeures dont s'occupe son bureau, car il est permis de penser qu'il s'agit là de sa responsabilité la plus importante.

Dans certaines causes majeures, cette surveillance locale par le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire sera suffisante, en particulier si la cause a été attribuée

à avocat de la Couronne très compétent et expérimenté. Toutefois, nous croyons qu'il y a eu des cas, et qu'il y en aura toujours, où le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire et le procureur de la Couronne poursuivant sont tous deux trop près de la cause et n'exercent pas un bon jugement, et des cas où ils manquent tout simplement d'expérience à l'égard de certains des problèmes reliés à des causes particulièrement longues et complexes. Dans ces circonstances, nous recommandons que ces procureurs aient accès à des conseils et à une orientation offerts par un groupe de procureurs d'expérience et respectés qui proviennent d'un autre bureau que le leur.

Nous avons été ravis d'apprendre durant nos consultations que les services de poursuite fédéraux et provinciaux ont institué des mécanismes pour offrir ce type de surveillance et de supervision accrues. La province a créé le Groupe consultatif des affaires importantes qui offre des ressources et de l'aide relativement aux causes d'envergure et complexes, ainsi qu'un système informel de « mêlée de presse » à l'occasion de laquelle un groupe de procureurs d'expérience se réunissent pour conseiller le procureur de la Couronne sur la conduite de l'affaire. Le Guide du Service fédéral des poursuites contient une politique écrite intitulée *Gestion des mégaprocès*, qui prévoit l'approbation par le directeur à l'échelon local d'un plan de poursuite pour tous les « mégaprocès ». Ce plan doit ensuite être présenté à un Comité consultatif national des poursuites. Le rôle du comité fédéral est d'exercer « principalement une fonction de critique à l'égard des plans de poursuite ». La politique décrit l'objectif de cette surveillance de la façon suivante[156] :

> Le poursuivant chargé du mégaprocès et son directeur doivent présenter le plan au Comité. L'équipe chargée de la poursuite et le directeur devraient considérer cette étape comme une occasion d'obtenir des conseils au sujet de l'approche générale de l'affaire ou de tout aspect du dossier qui pourrait poser problème. Les discussions doivent donner lieu à un consensus solide concernant le bien-fondé du plan et l'équipe chargée de la poursuite sera davantage convaincue que son plan sera approuvé. Le président du CCNP et le directeur du SFP feront des recommandations par écrit au SPGA (droit pénal) relativement à la plus récente version du plan de poursuite. Si le plan est approuvé, le directeur de SFP demeure responsable de la bonne exécution du plan.

---

[156] *Supra*, note 31.

L'expérience acquise en Ontario avec le dénommé « Comité Kaufman » présente une analogie utile[157]. Ce comité, établi après l'*Enquête Morin*[158] examine toutes les décisions prises par les avocats de la Couronne d'appeler comme témoins des informateurs placés sous garde. Nous avons été avisés que le comité a généralement agi comme une force positive en Ontario. Selon ce que l'on nous a rapporté, ce n'est pas son mandat limité consistant à approuver ou à ne pas approuver les décisions d'appeler certains témoins potentiellement suspects à témoigner dans les causes majeures qui a retenu l'attention. On nous a plutôt indiqué que, de manière générale, l'examen par les pairs avait offert aux procureurs de la Couronne une tribune qui leur a permis de discuter de la totalité de leur cause avec un groupe de collègues expérimentés et respectés provenant des quatre coins de la province. Le procureur de la Couronne chargé d'un bureau régional et l'avocat de la Couronne poursuivant qui ont présenté leurs causes au comité ont souvent trouvé que cela les avait aidés à résoudre plusieurs questions difficiles. Ils en étaient repartis confiants, avec le sentiment qu'ils profitaient d'un soutien institutionnel solide en ce qui concerne les décisions sur la conduite de leur cause. Les procureurs fédéraux nous ont dit que leur Comité consultatif national des poursuites avait eu des répercussions similaires fort positives sur les avocats de la Couronne à titre individuel, lesquels participent à des affaires difficiles et ont généralement besoin de discuter de leur dossier et de sentir qu'ils ont pris des décisions avisées.

Nous encourageons ces initiatives et recommandons que les poursuites longues et complexes soient examinées par un groupe de procureurs d'expérience et respectés provenant de toute la province. Il relève du simple bon sens que les avocats soient en mesure de prendre de meilleures décisions après avoir discuté de leurs affaires de cette manière. Nous laissons les détails de la mise en œuvre au ministère du Procureur général, mais nous offrons les quatre suggestions générales suivantes. Premièrement, nous pensons que le modèle provincial existant est probablement trop informel et le modèle fédéral existant trop centralisé. Le type d'examen par les pairs que nous recommandons pour des poursuites longues et complexes doit être obligatoire sans être toutefois trop étroitement relié au « bureau principal ». Il existe

---

[157] *Manuel des politiques de la Couronne : 2005*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 2005, *dénonciateurs sous garde*.

[158] Ontario, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.

toujours un risque, dans la culture de tout service de contentieux, que les membres de la haute direction, en particulier ceux du « bureau principal » qui breffent le ministre et sont en contact régulier avec le personnel politique du ministre, se laissent davantage influencer par des avis et des préoccupations provenant de l'extérieur. Nous recommandons que l'examen par les pairs de ces poursuites majeures ait lieu dans la région où la poursuite est intentée, et que les membres du groupe de conseillers d'expérience en matière de poursuite proviennent autant que possible de cette région et d'autres régions qui ont l'expérience de ce type de cause. Au moins un avocat de la Couronne possédant une expertise solide des appels devrait faire partie de l'équipe d'examen par les pairs.

Deuxièmement, il est essentiel que ce genre d'examen par les pairs ne devienne pas un moyen de gérer la poursuite « trop en détail ». Ce sont les décisions *principales* dans la cause, celles qui sont susceptibles d'avoir un impact sur la durée et les coûts du procès ou sur la confiance du public dans le système de justice, qui doivent être examinées par des collègues d'expérience. En effet, les procureurs doivent être en mesure de participer aux conférences préparatoires au procès, de comparaître en cour, de rencontrer la police, de rencontrer l'avocat de la défense et de prendre des décisions sans avoir constamment à solliciter une autorisation d'un comité quelconque. L'examen par les pairs devrait avoir lieu à un stade raisonnablement précoce des procédures et il ne devrait être renouvelé que si un problème important survient.

Troisièmement, les conseils prodigués par l'équipe d'examen des poursuites devraient être suivis, sauf s'ils sont infirmés par le sous-procureur général adjoint (droit pénal). L'examen par les pairs que nous recommandons n'est pas facultatif. Bien que nous recommandions l'institution d'un processus obligatoire, il demeure possible de le mettre en œuvre de manière lente et progressive, en choisissant un petit groupe de causes difficiles et de très grande envergure et de commencer par celles-ci, puis d'étendre le programme au fur et à mesure de l'évolution des capacités institutionnelles et de l'expérience. Quel que soit le groupe de causes que l'on juge compatibles avec ce programme, les procureurs qui sont assignés aux dossiers de ces causes doivent respecter les conseils qu'ils reçoivent.

Quatrièmement, l'équipe d'examen par les pairs et le procureur de la Couronne responsable du bureau régional devraient être ouverts à recevoir des renseignements de la police, de l'avocat de la défense, d'Aide juridique Ontario et de la Criminal Lawyers

Association (CLA). En effet, il se peut que les pratiques en matière de poursuite causent des retards inutiles ou fassent augmenter les coûts dans d'autres parties du système. Le procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire et les procureurs qui procèdent à l'examen devraient être en mesure d'étudier ces renseignements avant de prendre des décisions définitives sur la façon de diriger la poursuite.

Recommandation n° 29 :

La conduite des poursuites longues et complexes en matière criminelle doit être attribuée, dans la grande mesure du possible, aux procureurs les plus compétents et les plus respectés. Les compétences de l'avocat de la Couronne en matière de communication ainsi que sa compréhension et son acceptation du rôle de l'avocat de la défense sont aussi des facteurs importants à considérer au moment de l'attribution de ce type d'affaires.

Recommandation n° 30 :

Le procureur de la Couronne en charge du bureau régional ou le directeur de certains bureaux spécialisés doit superviser et surveiller les causes majeures dont s'occupe son bureau. Le degré de supervision et de surveillance variera, selon les compétences et l'expérience du procureur responsable du dossier. Il incombe au procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire de tenter de prévenir toute prolongation indue des procédures ainsi que toute erreur importante, d'où la nécessité d'une surveillance et d'une supervision appropriées.

Recommandation n° 31 :

La poursuite des causes longues et complexes en matière criminelle devrait faire l'objet d'un examen obligatoire par les pairs qui serait réalisé par un groupe de procureurs expérimentés et respectés. L'examen devrait porter uniquement sur les questions importantes ou litigieuses soulevées par la cause et qui seraient susceptibles de prolonger indûment les procédures ou de susciter des erreurs importantes. L'examen devrait avoir

lieu dans la région où la poursuite est intentée. Le comité d'examen devrait recevoir tous les renseignements pertinents de n'importe quel intervenant du système de justice et il devrait ensuite prodiguer des conseils au procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire et à l'avocat de la Couronne poursuivant. Les conseils devraient être suivis, sous réserve d'être infirmés ou modifiés par le sous-procureur général adjoint (droit pénal).

2. Surveiller et conseiller l'avocat de la défense dans les causes longues et complexes

La nécessité de surveiller et de conseiller de manière accrue l'avocat qui participe à des procès longs et complexes s'applique également aux avocats de la défense. Les mécanismes institutionnels, toutefois, ne sont pas aussi faciles à mettre en place ici que pour les avocats de la Couronne. La plupart des avocats de la défense pratiquent seuls plutôt que sous la tutelle d'un avocat plus expérimenté qui pourrait jouer le rôle du procureur de la Couronne. En outre, l'avocat de la défense n'exerce pas un pouvoir délégué à l'instar de l'avocat de la Couronne vis-à-vis du procureur général.

Nous pensons néanmoins qu'il est possible d'avoir recours à des mécanismes institutionnels par l'entremise d'AJO et du Barreau du Haut-Canada, afin de s'assurer de ce qu'un avocat de la défense reçoive effectivement les conseils et l'orientation dont il a besoin.

Comme dans le cas de l'indépendance de la Couronne, nous n'estimons pas que l'indépendance des avocats de la défense fait obstacle à une surveillance et à une orientation accrues des avocats qui en ont besoin. Les principes constitutionnels relatifs à l'indépendance du barreau, comme expliqué dans le Chapitre 5, offrent une protection contre des influences et des pressions étrangères qui minent l'efficacité de l'avocat. Offrir aux avocats de la défense l'accès à une surveillance et à des conseils prodigués par un groupe de collègues hautement qualifiés permet de favoriser l'efficacité des avocats plutôt que de la miner. Nous pensons que nos recommandations dans ce domaine sont fermement ancrées dans les idéaux d'un barreau indépendant, fermement engagé dans une défense de l'accusé compétente, résolue et responsable.

En ce qui concerne le rôle que pourrait jouer AJO dans la surveillance et l'orientation accrues d'un avocat participant à une cause longue et complexe qui manque de jugement ou

d'expérience, les recommandations que nous avons formulées au Chapitre 5 traitent déjà de cette question. Si des normes « d'assurance de la qualité » complètes sont définies conformément au devoir incombant à AJO en vertu du paragraphe 92(1), si les articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 sont modifiés pour révoquer de manière plus efficace les avocats qui ne satisfont pas aux normes « d'assurance de la qualité », et si des examens *ex post* des causes et des vérifications sont utilisés pour examiner les causes qui n'ont pas été menées de manière efficace, le nombre d'avocats agissant dans ces affaires et nécessitant une surveillance intensive devrait avoir diminué.

Surtout, un Comité des exceptions rehaussé, doté des ressources appropriées en termes de temps, d'argent et d'information qui seraient nécessaires pour lui permettre d'examiner ces causes au préalable, constituerait un moyen idéal d'examen par les pairs. Il devrait devenir l'équivalent fonctionnel du système d'examen par les pairs que nous proposons dans la Recommandation n° 31 pour les avocats de la Couronne. Si un jeune avocat, ou un avocat qui manque de jugement, doit présenter pour examen sa cause longue et complexe à un groupe réunissant des avocats de la défense expérimentés et respectés, dans le but de discuter de la défense qu'il se propose de mener et de recevoir des conseils et une orientation, la défense en sera sans doute plus efficace. À l'instar de l'examen par les pairs des avocats de la Couronne, ce processus devrait être obligatoire, et les conseils du Comité des exceptions, sous réserve d'être acceptés par AJO, doivent être appliqués. Il n'est pas acceptable de rémunérer des avocats de la défense à soulever des questions majeures et à présenter des motions importantes qu'un groupe de pairs expérimentés a rejetées parce qu'elles n'auraient, selon toute probabilité, que peu de chance de réussir ou de faire avancer la défense.

Le Barreau du Haut-Canada doit aussi jouer un plus grand rôle dans ce domaine. AJO ne traite que les causes qui sont financées par les deniers publics et elle ne dispose d'aucun pouvoir concernant les causes financées par des fonds privés. En outre, la gestion et la surveillance accrues de la défense par AJO que nous recommandons seront probablement mises en œuvre lentement et de manière progressive, étant donné la nécessité pour AJO de développer de nouvelles capacités institutionnelles dans ce domaine. Nombreux sont les avocats agissant dans le cadre de causes majeures qui ont besoin d'un service de mentorat et de conseils, mais qui n'ont pas accès à un Comité des exceptions possédant l'autorité pour ce faire. Il incombe au Barreau du Haut-Canada de combler cette lacune.

En réalité, le Barreau du Haut-Canada possède présentement un programme de mentorat qui a établi une liste d'avocats d'expérience susceptibles d'offrir des services de mentorat à un avocat qui demande de l'aide[159]. Nous avons été informés que le programme n'est pas assez connu, en plus d'être sous-utilisé et qu'il gagnerait à être amélioré d'au moins deux manières. Tout d'abord, il dépend de la déclaration volontaire de l'avocat qui demande de l'aide et il doit être plus proactif. Ensuite, il est administré par le Barreau du Haut-Canada, et il n'est pas surprenant que les avocats soient quelque peu réticents à faire appel à l'organisme de réglementation de leur profession pour reconnaître implicitement qu'ils éprouvent des difficultés à traiter une cause longue et complexe.

On nous a indiqué que le problème de l'absence de mentorat touchant les avocats de la défense est devenu assez sérieux et qu'il fallait prendre des mesures énergiques pour y remédier. Comme mentionné ci-dessus, la plupart des plus éminents membres du barreau qui engagent et encadrent des avocats adjoints dans leurs bureaux n'acceptent pas de s'occuper de procès longs et complexes en vertu d'un mandat d'aide juridique. En outre, en ce qui concerne les avocats qui acceptent de se charger de ce genre d'affaires, le tarif actuel est tel qu'il n'est pas rentable pour eux de retenir les services d'avocats adjoints qui pourraient les aider durant le procès. Le résultat est qu'il y a moins d'avocats adjoints qui sont formés à ce genre de causes que par le passé. Enfin, très peu d'avocats de la défense embauchent désormais des stagiaires, et un grand nombre de jeunes avocats pratiquent en dehors de la culture des bureaux partagés avec les avocats plus expérimentés, laquelle était source de soutien. Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant que certains avocats qui agissent dans les causes longues et complexes se sentent isolés et aient besoin d'appui et de conseils de la part de membres d'expérience et respectés du barreau, qui leur serviraient aussi de mentors. Même si nos avocats d'expérience ne s'occupent plus de la défense dans les procès longs et complexes en vertu d'un mandat d'aide juridique, ils seraient sûrement prêts à jouer le rôle de mentor.

Nous recommandons que le Barreau du Haut-Canada et la CLA collaborent à la renaissance du programme de mentorat. Il faudrait qu'il s'agisse d'une collaboration parce que le Barreau du Haut-Canada est obligé par la loi d'assurer la compétence et le

---

[159] Le Barreau du Haut-Canada, *Lawyer Mentorship Program*, en ligne : LSUC Resource Centre http://rc./suc.on.ca/jsp/mentorship/index.jsp.

professionnalisme de ses membres, et qu'il dispose des ressources budgétaires, mais la CLA est l'organisme qui semble le plus en mesure d'administrer un tel programme de manière efficace. La CLA n'exerce aucune fonction disciplinaire ou réglementaire, de sorte qu'un avocat qui a besoin d'aide sera plus enclin à s'adresser à la CLA pour obtenir des conseils ou une orientation qu'au Barreau du Haut-Canada. Le CLA pourrait aussi s'occuper de la mise en œuvre du programme à l'échelle locale.

Pour être proactif, le programme devrait être largement communiqué, y compris à la magistrature et aux procureurs de la Couronne. Lorsqu'un avocat éprouve des difficultés dans une cause longue et complexe, ce contretemps ne l'amènera généralement pas à un niveau d'incompétence qui justifierait de sanctionner l'avocat par la révocation. Le juge devrait être en mesure de suggérer que l'avocat communique avec le programme de mentorat offert par la CLA, ou le procureur de la Couronne devrait être en mesure d'appeler le président de la CLA ou le directeur local de la CLA pour l'informer du problème. De cette manière, l'avocat serait dirigé vers une personne d'expérience et respectée avec laquelle il peut parler de la conduite de la défense dans une affaire difficile. Ceci risque de suffire[160].

Ce ne sont là que quelques idées possibles, mais il est surtout nécessaire d'instaurer un programme de mentorat vigoureux, proactif et complètement remanié.

Recommandation n° 32 :

AJO devrait faire appel à une entité telle que le Comité des exceptions afin d'offrir un système d'examen préalable par les pairs portant sur la conduite de la défense dans les causes longues et complexes. Ce système devrait refléter l'examen par les pairs pour les procureurs de la Couronne, décrit dans la Recommandation n° 31.

---

[160] Un autre moyen proactif de fournir du mentorat serait d'élaborer un programme « Inns of Court », comme celui que l'ancien juge en chef McEachern à créé en Colombie-Britannique. Toutes les deux semaines, les jeunes avocats du programme sont invités le soir après les audiences à un exposé et à une brève période de discussion sur un sujet d'intérêt, le tout suivi d'un souper. L'exposé est donné par un avocat ou un juge d'expérience, après quoi plusieurs membres du barreau et de la magistrature soupent avec les jeunes avocats et leur offrent la possibilité de parler de leur pratique et de leurs causes.

Recommandation n° 33 :

Le Barreau du Haut-Canada, en collaboration avec la CLA, devrait élaborer un programme de mentorat remanié qui remplacerait le programme offert à l'heure actuelle par le Barreau du Haut-Canada. La CLA devrait être l'entité visible de prestation de services de mentorat par des avocats éminents, alors que le Barreau du Haut-Canada fournirait le soutien administratif et les ressources nécessaires au fonctionnement du programme. Proactif, le programme devrait être communiqué aux membres du barreau, aux membres de la magistrature et aux procureurs de la Couronne afin de solliciter les avocats de la défense qui participent à une cause longue et complexe et qui ont besoin d'être conseillés et orientés.

C. Mesures correctives à l'inconduite professionnelle dans le cadre des procès longs et complexes

1. Introduction

Bien que rares, les cas d'inconduite professionnelle en salle d'audience sont probablement plus fréquents dans les procès longs et complexes. En effet, l'avocat qui œuvre dans ces causes subit une pression intense durant une longue période et ses relations avec la partie adverse sont continuellement mises l'épreuve au cours de cette période prolongée. Il est facile de pardonner à un adversaire pour quelques erreurs commises dans le cadre d'un court procès. Il est beaucoup plus difficile d'entretenir des relations respectueuses avec un adversaire au cours d'un très long procès, en particulier un adversaire que l'on en est venu à ne pas aimer ou que l'on perçoit comme incompétent.

Toutes les études majeures sur le phénomène des mégaprocès ont recommandé que des mesures soient prises pour éduquer le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense au sujet de leurs devoirs en tant qu'« officiers de justice », et de faire en sorte que ces obligations soient respectées[161].

Toute inconduite professionnelle commise dans le cadre d'un procès criminel long et complexe concerne à la fois la magistrature, le barreau, AJO (dans la mesure où la plupart de

[161] *Supra*, note 6.

ces causes sont financées par les deniers publics) et le procureur général. Si nous affirmons ceci, c'est que ces quatre entités ont compétence, dans leur propre secteur d'activité, pour réagir à toute inconduite en salle d'audience. Le type de conduite en salle d'audience susceptible d'être non professionnel comprend le fait d'induire le tribunal en erreur, d'être impoli et d'adopter un comportement agressif à l'endroit des intervenants du système de justice, de faire des allégations de mauvaise foi qui ne sont fondées ni en fait ni en droit, de ne pas suivre une instruction du juge, et de ne pas faire preuve d'une compétence qui soit conforme aux normes de la profession. Les tribunaux disposent d'une série de sanctions progressives en common law afin de prévenir, et dans certains cas punir, ce type de conduite. Le Barreau du Haut-Canada dispose d'un vaste éventail de sanctions disciplinaires professionnelles pour le même type de conduite. Comme discuté au Chapitre 5, AJO a le pouvoir de radier le nom d'un avocat de ses listes pour ce type d'inconduite. Enfin, le ministère du Procureur général dispose de processus disciplinaires internes qui s'appliqueraient à de telles situations.

C'est peut-être parce que ces quatre entités possèdent des compétences distinctes pour remédier à ce problème que personne ne semble en assumer la responsabilité principale. Il en résulte qu'il n'y a presque jamais de conséquences sérieuses à une inconduite professionnelle commise en salle d'audience. Nous pensons que ces quatre entités doivent exercer leur compétence afin de résoudre efficacement ce problème. Nous allons aborder les réponses appropriées pour chacun de leurs domaines de responsabilité respectifs.

2. Réponses judiciaires à une inconduite en salle d'audience

Toute cour d'archives, instituée par la loi ou cour supérieure, possède le pouvoir implicite de contrôler sa propre procédure, d'en prévenir les abus et de s'assurer que le procès est conduit de manière équitable[162]. Par conséquent, les tribunaux de première instance ont à leur disposition toute une gamme de sanctions progressives prévues par la common law lorsqu'ils sont confrontés à une inconduite en salle d'audience qui constitue une violation des obligations de l'avocat à l'égard du tribunal et de l'administration de la justice. Ces obligations de portée large ont déjà été décrites au Chapitre 4, partie I de ce Rapport. Elles

[162] *Supra*, note 95.

exigent de tous les avocats qu'ils se comportent de manière responsable et avec politesse. Comme l'a noté la Cour d'appel dans *Felderhof*, le type d'inconduite décrit précédemment viole à la fois le *Code de déontologie* et les devoirs de l'avocat en tant qu'« officier de justice »[163]. Les sanctions judiciaires disponibles en vue de l'exécution de ces obligations comprennent la réprimande, l'injonction, l'ordonnance relative aux dépens, la citation pour outrage et le renvoi de l'avocat devant le Barreau du Haut-Canada pour motif de discipline[164].

La mesure la plus importante qu'un juge puisse prendre dans le cadre d'un procès long et complexe est d'établir bien clairement au départ que les avocats doivent respecter des normes élevées de professionnalisme durant toute la procédure. Nous avons été informés que certains avocats n'ont tout simplement jamais appris qu'ils doivent s'asseoir lorsque leur adversaire se lève, qu'ils doivent s'adresser au tribunal et non pas à leur adversaire, qu'ils doivent s'exprimer en des termes modérés et respectueux même lorsqu'ils présentent leurs moyens avec vigueur, et qu'ils ne doivent jamais insulter leur adversaire ni recourir au sarcasme. Un juge de première instance devrait commencer par éduquer les avocats au sujet de ces règles simples et peut-être leur rappeler leurs devoirs comme il est expliqué dans l'arrêt *Felderhof*[165] :

> [TRADUCTION]
> On s'attend à ce que les avocats se conduisent de façon professionnelle dans le cadre de leurs obligations envers le tribunal, envers l'administration de la justice en général et envers leurs clients. Comme le disait Kara Anne Nagorney dans son article, « A Noble profession ? A Discussion of Civility Among Lawyers » (Une noble profession? Analyse de la civilité entre avocats) (1999), 12 Georgetown Journal of Legal Ethics de la page 815 aux pages 816-817 : « La civilité au sein du système juridique permet non seulement de conserver l'unité de la profession, mais elle contribue aussi au maintien d'une société juste… une conduite pouvant être qualifiée d'impolie, d'acrimonieuse, d'hostile, ou faisant preuve d'obstruction compromet nécessairement l'objectif de résoudre les litiges de façon rationnelle, paisible et efficiente, tout en causant des retards ou même des dénis de justice ». Les répercussions des commentaires injustes et humiliants émis par un avocat qui présente des observations au tribunal ne touchent pas

[163] *Supra*, notes 153 et 154.
[164] Michael Code, supra, note 150.
[165] *Supra*, note 95, p. 536 et 540.

> seulement l'autre avocat. Une telle conduite diminue le respect du public envers le tribunal et l'administration de la justice criminelle, et par conséquent elle discrédite la légitimité des résultats du jugement.
>
> [...]
> Chaque avocat et chaque partie à un litige a le droit de s'attendre à ce que les avocats se conduisent conformément au Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada. Les règles qui constituent ce Code sont d'une parfaite clarté. Les avocats doivent maintenir à l'égard des témoins, de leurs collègues et du tribunal une attitude droite, courtoise et respectueuse. Voir les règles 4 et 6 et les commentaires afférents. J'ai exposé ce qui semble avoir été l'origine de l'acrimonie entre les avocats dans cette affaire. Même si [l'avocat de la défense] pensait honnêtement que les tactiques de la poursuite étaient excessives et pouvaient équivaloir à un abus de procédure, cela ne l'autorisait pas à faire le type d'observations qu'il a proférées au cours de cette affaire [...] Les motions fondées sur l'abus de procédure et l'inconduite de la poursuite peuvent être intentées, et devraient l'être, sans le genre de rhétorique utilisé par l'avocat de la défense dans cette affaire.

Si l'on rappelle aux avocats leurs responsabilités et les simples règles qui leur sont associées, le procès commencera sur le ton qui convient. Au premier signe de non-respect de ces règles, le juge doit intervenir et expliquer clairement à l'avocat en question que sa conduite est inacceptable. Dans l'arrêt *R. c. Henderson*, une cause impliquant un avocat de la Couronne qui avait contre-interrogé l'accusé de manière inappropriée et un avocat de la défense qui était [TRADUCTION] « provoquant, rebelle et ergoteur », la Cour d'appel a statué que la conduite des deux parties « ne saurait être tolérée et devrait être traitée par le juge de première instance ». Le juge Labrosse de la Cour d'appel, qui a délivré le jugement, s'est fondé sur son expérience personnelle en tant que juge de première instance pour déclarer ce qui suit[166] :

> [TRADUCTION]
> Le respect envers l'administration de la justice n'est pas rehaussé dans les cas où le tribunal semble condamner une conduite inappropriée [...] au premier signe chez l'un ou l'autre avocat de questions pouvant mener au contre-interrogatoire inapproprié d'un témoin, un commentaire bien placé par le juge de première instance

[166] (1999), 134 CCC (3d) 131, p. 144-147 (C.A. Ont.).

> ou un rappel plus explicite en l'absence du jury du rôle convenable de l'avocat a, d'après mon expérience, invariablement étouffé tout problème dans l'oeuf. Sinon, le juge de première instance dispose d'autres moyens pour veiller à la bonne conduite de l'avocat (*souligné par nous*).

Même si le « rappel explicite... du rôle convenable de l'avocat » suggéré doit être réitéré, nous sommes convaincus que ce rôle éducatif du juge de première instance est très important et qu'il devrait être exercé de manière répétée afin d'instaurer le ton qui convient à une salle d'audience.

En cas d'échec de cette méthode et si, en dépit de rappels répétés, l'avocat continue de mal se conduire, alors des sanctions plus vigoureuses s'imposent. Le non-respect d'une ordonnance ou d'une injonction visant à faire cesser l'inconduite peut équivaloir à un outrage commis en présence du tribunal. Comme l'indique Lord Goddard dans la célèbre cause du Conseil privé[167] :

> [TRADUCTION]
> Si, au cours d'une instance, une personne persiste dans une conduite ou un langage répréhensible malgré une ordonnance du juge qui préside, elle pourrait être, à bon escient, déclarée coupable d'outrage au tribunal, mais l'infraction sera alors constituée par le mépris de la décision et le défi de l'ordonnance de la Cour.

Une conduite qui équivaut à un outrage peut aussi donner lieu à un « wasted costs order » (ordonnance pour le versement de dépens gaspillés) de common law à l'encontre de l'avocat, à titre personnel, tant dans les causes civiles que criminelles[168].

Nous recommandons que le juge de première instance use de ces pouvoirs avec quelque retenue pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il dispose d'un autre recours en cas d'inconduite contraire à l'éthique par un avocat en salle d'audience, notamment, le renvoi devant le Barreau du Haut-Canada. Ensuite, les ordonnances pour outrage et pour dépens personnels devraient être des moyens de dernier recours parce qu'elles sont ouvertement

---

[167] *Parashuram Detarum Shamdasani c. King-Emperor*, [1945] A.C.264 (C. P.).

[168] *Ridehalgh c. Horsefield*, [1994] 3 All E.R. 848 (C.A.); *Young c. Young* (1990), 75 D.L.R. (4e) 46, p. 99-115 (C.A.C.-B.), modifié par 108 D.L.R. (4e) 193, p. 284 (CSC); *R. c. Cronier* (1981), 63 CCC (2d) 437 (C.A.Q.); *R. c. Pawlowski* (1992), 13. C.R. (4e) 228 (Cour Ont. (Div. gén.)), conf. (1993), 79 CCC (3d) 353 (C.A. Ont.); *R. c. Brown Shoe Co. of Canada Ltd. (N° 2)* (1984), 11 CCC (3d) 514 (H.C. Ont.); *R. c. Chapman* (2006), 204 CCC (3d) 457 (C.A. Ont.).

punitives et qu'elles supposent une inconduite très grave. Enfin, l'avocat a en général le droit d'être avisé et d'être entendu avant que ces sanctions ne lui soient imposées, ce qui perturbe inévitablement le procès et peut porter préjudice au client[169].

Le renvoi devant le Barreau du Haut-Canada pourrait s'avérer un remède intermédiaire utile, dans les cas où le « rappel explicite » indiqué dans l'arrêt *Henderson* a échoué à plusieurs reprises, mais avant de recourir à l'outrage et aux dépens. Il s'agit d'un recours qui ne perturbera pas le procès et ne portera pas préjudice au client, et il permet un éventail de sanctions susceptibles d'être ajustées en fonction de l'inconduite. Toutefois, le renvoi doit être pris au sérieux par le Barreau du Haut-Canada; ceci n'a pas été le cas dans le passé et en Ontario la magistrature semble avoir délaissé le recours du renvoi devant le Barreau. Nous aborderons la responsabilité qui incombe au Barreau du Haut-Canada dans la prochaine partie de ce chapitre ainsi que le besoin d'une réponse disciplinaire plus vigoureuse.

La magistrature peut contribuer à rendre plus efficace le recours du renvoi devant le Barreau du Haut-Canada. Tout d'abord, le juge de première instance ou d'appel qui recommande le renvoi devant le Barreau du Haut-Canada devrait joindre les conclusions de fait consignées au dossier et qui portent sur les agissements de l'avocat et leur impact sur les procédures. Ensuite, le juge devrait se contenter seulement de recommander le renvoi et il ne devrait pas se mêler de transmettre lui-même une plainte au Barreau du Haut-Canada. Le juge en chef, le juge en chef adjoint ou le juge principal régional devrait examiner la question, après avoir reçu une transcription comprenant les conclusions du juge, et il devrait ensuite décider s'il y a lieu ou non de renvoyer l'avocat devant le barreau. Ces deux étapes toutes simples comportent plusieurs avantages. Elles évitent au juge de première instance de se poser en plaignant dans le dossier; elles permettent une réflexion à tête reposée sur la question; elles devraient conférer une plus grande cohérence au sujet du degré d'inconduite qui mérite d'être sanctionné par un renvoi devant le Barreau du Haut-Canada; elles envoient le message au Barreau du Haut-Canada qu'il s'agit d'une question grave (si le juge en chef ou un autre juge principal dépose la plainte); et enfin, elles offrent une preuve sous forme de conclusions de fait susceptible d'être ensuite utilisée par le Barreau du Haut-Canada pour amorcer immédiatement son processus.

---

[169] *R. c. K. (B.)* (1995), 102 C.C.C. (3d) 18 (CSC); *R. c. Arradi* (2003), 173 C.C.C. (3d) 1 (CSC); *U.N.A. c. AG Alberta* (1992), 71 C.C.C. (3d) 225 (CSC); *R. c. Glasner* (1994), 93 C.C.C. (3d) 226 (C.A. Ont.).

Sur ce point encore, la Colombie-Britannique semble avoir une longueur d'avance. Dans une affaire appelée *R. c. Dunbar et al.*, quatre appels soulevant une question commune avaient été présentés ensemble par un avocat. Le juge en chef Finch présidait le banc et les appels ont été rejetés. La Cour a ensuite renvoyé l'avocat devant la *Law Society of British Columbia* sur le fondement des conclusions suivantes qui figurent dans un addenda aux motifs de la Cour[170] :

> [TRADUCTION]
> Malheureusement, dans cette affaire, son zèle a fait perdre de vue ses responsabilités professionnelles à l'avocat [...] [Ses documents] contiennent de graves allégations de comportement non professionnel et de toxicomanie, contre un autre avocat ou ancien avocat, allégations toutes sans aucun fondement [...] Il s'est servi de son droit d'audience, et des privilèges entourant la procédure judiciaire, pour lancer contre John Banks des allégations gravement préjudiciables, mais sans aucun fondement. Ce tribunal a conclu que le privilège lié aux procédures judiciaires ne devrait pas servir de procédé à des attaques personnelles et injustifiées.

La *Law Society of British Columbia* a répondu à ce renvoi du juge en chef qui était accompagné de conclusions de fait claires par une sanction sévère concernant l'exercice de la profession d'avocat. Nous discuterons de cette affaire plus en détail ci-dessous lorsque nous traiterons du Barreau du Haut-Canada, lequel n'a pas encore répondu de façon similaire à ce type d'inconduite professionnelle.

La Cour d'appel de l'Ontario a récemment statué qu'un renvoi devant le Barreau du Haut-Canada constituait la réponse appropriée à une inconduite en salle d'audience[171]. Nous

---

[170] *Supra*, note 145, paragr. 331 et 333.

[171] *R. c. Francis* (2006), 207 C.C.C. (3d) 536, p. 542-543 (C.A. Ont.) Au Royaume-Uni, le *Runciman Report* recommandait de faire un signalement au *Bar Council* comme un moyen parmi plusieurs pour les tribunaux de réagir à la conduite incompétente ou irresponsable d'un avocat, *supra*, note 32, p.109 :

> « Nous ne voyons pas ce qui pourrait justifier que les avocats refusent de faire le travail nécessaire pour s'assurer que le système fonctionne de façon aussi efficace et efficiente que possible, quels que soient les motifs pour tenter d'obtenir plus de temps dans le but de se préparer dans un dossier. Il faudrait que le juge dispose d'une gamme de sanctions contre les mauvaises prestations ou la collaboration déficiente et qu'il soit en mesure, après avoir examiné les options, de choisir celle qui convient en l'espèce. D'après nous, les sanctions devraient inclure un rapport du juge sur la compétence de l'avocat destiné à l'officier taxateur qui règle ses dépens; ou un rapport au barrister's head of chambers ou au responsable de la circonscription ou au *Bar Council*; ou une perte d'adjudication des dépens. »

pensons que cette approche comporte de nombreux avantages, comme indiqué plus haut. Bien sûr, les sanctions ultimes d'ordonnance pour outrage ou de dépens à l'encontre de l'avocat à titre personnel ne doivent être réservées et utilisées que dans les cas les extrêmes. Toutefois, elles devraient en général être exercées à la fin du procès, de manière à ne pas interrompre ou perturber celui-ci. Un renvoi devant le Barreau du Haut-Canada peut être recommandé au juge en chef, à n'importe quelle étape du procès, toutes les fois qu'il est nécessaire d'imposer une sanction plus sévère à un avocat qui fait preuve de mauvaise conduite.

3. Réponse du Barreau du Haut-Canada à l'inconduite en salle d'audience

En réponse à nos documents de consultation, nous avons reçu des observations utiles du Barreau du Haut-Canada, et nous en avons tiré trois constatations importantes.

Tout d'abord, le Barreau du Haut-Canada a reconnu l'augmentation récente du nombre de plaintes au sujet du déclin des normes de professionnalisme, y compris des conduites indignes, trompeuses et discourtoises. En pourcentage de toutes les plaintes, cette catégorie a plus que doublé entre 2004 et 2007, passant de 4,7 % à 11,1 %. Cette tendance est préoccupante pour le Barreau du Haut-Canada et elle correspond aux résultats de nos recherches et aux commentaires que nous avons reçus.

Le second point à noter est la caractérisation, opérée par le Barreau du Haut-Canada, des plaintes pour incivilité dans le système de justice, à savoir : [TRADUCTION] « tout en étant préjudiciables à l'administration de la justice, [les plaintes pour incivilité] se situent en général parmi les questions de discipline professionnelle les moins graves ». La réponse normale du Barreau du Haut-Canada dans ces cas n'a pas été du tout d'ordre disciplinaire, mais elle a pris la forme d'une « mesure de redressement », soit une Invitation à comparaître ou une Lettre d'avis. Comme ces réponses ne sont pas disciplinaires, elles ne sont pas publicisées.

Nous avons été informés qu'il y a eu un total de 48 invitations à comparaître et de 26 lettres d'avis émises depuis le début de l'année 2003, et que certaines de ces affaires concernaient des allégations de conduite discourtoise, trompeuse et indigne. Comme son nom l'indique, une Invitation à comparaître est une réunion privée avec un groupe de conseillers, durant laquelle l'avocat reçoit des conseils sur sa conduite. La lettre d'avis est même moins dérangeante, car elle ne suppose aucune comparution devant des conseillers. Si l'avocat réitère

son inconduite, aucune référence ne peut être faite à une invitation à comparaître ou à une lettre d'avis antérieure à l'occasion d'une procédure disciplinaire subséquente.

Cette réponse, très timide et très laxiste, à ce qui a pu être une conduite très publique dans une salle d'audience, a incité le Barreau du Haut-Canada à concevoir un nouveau recours au début des années 2007. Le Barreau du Haut-Canada s'inquiétait d'être perçu comme n'ayant pris aucune mesure dans des affaires très publiques d'inconduite en salle d'audience, étant donné que ses deux recours les plus courants sont entièrement privés. Le nouveau recours qui a été conçu par le Barreau du Haut-Canada prend la forme d'une « réunion de réglementation ». Cette réunion équivaut à l'invitation à comparaître sauf qu'il s'agit d'une procédure publique. Elle a été utilisée une fois, le 10 avril 2007, dans le cas d'un avocat qui s'est assis par terre lorsque le juge lui a dit de s'asseoir et qui s'est déplacé latéralement quand le juge lui a dit de « passer à autre chose ». Il s'agissait d'un procès pour meurtre très long et dysfonctionnel qui présentait les mêmes difficultés et lacunes que nous avons pu observer dans le cadre de notre examen.

La réunion de réglementation, en tant que réponse au type d'inconduite qui nous préoccupe, demeure une « mesure de redressement » de faible portée dans le spectre des recours possibles. Lorsque des avocats dérangent ou perturbent des procès criminels sérieux en faisant preuve d'inconduite professionnelle, il s'agit d'une question grave qui doit être sanctionnée par de véritables mesures disciplinaires. Nous avons observé une grande consternation parmi les membres de la magistrature, voire un véritable cynisme, sur le sujet de la discipline exercée par le Barreau du Haut-Canada en cas d'inconduite en salle d'audience. La perception largement répandue est que le Barreau du Haut-Canada n'intervient que rarement, voire jamais, dans ce domaine. Cette perception de la situation est en réalité très fondée. En conséquence, la magistrature a tout simplement cessé de renvoyer les avocats devant le Barreau du Haut-Canada lorsqu'ils ne se comportent pas bien durant des procédures en matière criminelle.

Ce qui nous amène au troisième point que nous souhaitons souligner et qui découle des observations du Barreau du Haut-Canada. Ce dernier a relevé [TRADUCTION] « une pénurie de plaintes » concernant l'inconduite en salle d'audience dans les procès criminels et il a fait observer, à juste titre, « qu'il semble y avoir une réticence générale à présenter de telles

plaintes ». Ainsi, nous en serions arrivés à une impasse dans ce domaine. Le Barreau du Haut-Canada est connu pour traiter ces cas avec un laxisme indu et souvent dans le silence le plus total, de sorte que la magistrature a cessé de les signaler. Il s'ensuit que le Barreau du Haut-Canada est préoccupé par l'incivilité croissante qui prévaut devant les tribunaux, mais qu'il ne contribue pas à la solution parce qu'il ne reçoit pas de plaintes. Le Barreau du Haut-Canada a souligné que [TRADUCTION] « le barreau et les tribunaux ont besoin de travailler ensemble pour améliorer le signalement des inconduites dans ce domaine de pratique ». Nous ne pouvons pas être plus d'accord avec cette observation. Le trésorier, Derry Millar, a d'ailleurs confirmé dans ses remarques à l'occasion de l'ouverture des tribunaux de l'Ontario le 9 septembre 2008, qu'il fallait définir une nouvelle approche.

Une fois encore, nous avons la chance de pouvoir nous reporter à l'expérience de la Colombie-Britannique en tant que ressort qui semble travailler de manière bien plus efficace sur cette question. Comme noté plus tôt dans ce chapitre, dans l'arrêt *Dunbar et al.*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tenu une audience prolongée à l'occasion de laquelle plusieurs appels en matière criminelle ont été entendus conjointement. Dans un addenda à ses motifs de rejet des appels, la Cour a conclu en statuant ce qui suit[172] :

> [TRADUCTION]
> Il est impossible de faire le calcul avec précision, mais une estimation raisonnable permet d'évaluer que l'audition de ces quatre appels a nécessité deux fois plus de temps qu'il en eût fallu si on les avait préparés et présentés de façon professionnelle. On ne peut commencer à mesurer la somme de temps et de travail qui a été gaspillée à la rédaction d'affidavits presque complètement inadmissibles.
>
> Il faut présumer que quelqu'un, d'une source privée ou publique, a versé des honoraires à M. Goldberg pour ces efforts. Si c'est le cas, c'était de l'argent gaspillé. Même si ce travail a été fait sans être rémunéré, les affidavits inadéquats et les observations de M. Goldberg ont constitué un gaspillage de temps pour le tribunal et pour les autres avocats, et entraîné des dépenses inutiles pour faire comparaître ces derniers.
>
> Nous pourrions demander au procureur de la Couronne, M. Sweeney, de porter ces motifs à l'attention de la Law Society of British Columbia, de la Legal Services Society, ou de tout

[172] *Supra*, note 145, paragr. 341-343.

> autre organisme qui pourrait raisonnablement avoir intérêt à réprimer et prévenir la conduite que nous avons décrite.

La Law Society of British Columbia a répondu à ce renvoi, non par une invitation à comparaître ou une lettre d'avis, mais par une suspension de trois mois[173]. Nous croyons qu'il s'agit là d'une réponse appropriée à une inconduite en salle d'audience qui a pour effet de perturber, de retarder ou de miner la bonne administration de la justice. Ces effets sont très graves, aussi l'inconduite doit-elle être sanctionnée par des peines sévères si le Barreau du Haut-Canada veut transmettre aux avocats un message de dissuasion.

Il est utile de souligner qu'il arrive au Barreau du Haut-Canada d'ordonner la suspension d'avocats pour incivilité, y compris pour des périodes de trois mois, dans les cas où ils écrivent des lettres de menaces ou d'insultes ou qu'ils profèrent des déclarations insultantes en dehors de la salle d'audience[174]. La suspension d'un à trois mois qui est imposée dans ces cas, bien qu'appropriée sans aucun doute, n'a aucune commune mesure avec les sanctions beaucoup plus clémentes qui sont imposées lors d'une inconduite en salle d'audience. Le préjudice causé dans ce dernier cas est bien plus grave que le préjudice causé dans le premier type d'affaires, et pourtant les sanctions sont bien plus clémentes dans le dernier cas que dans le premier.

Par conséquent, nous recommandons que le Barreau du Haut-Canada réévalue complètement son approche dans ce domaine et qu'il traite les cas d'inconduite en salle d'audience comme des fautes professionnelles graves. Parallèlement, la magistrature doit reprendre sa pratique de procéder au renvoi de ces cas devant le Barreau du Haut-Canada et joindre à l'ordonnance de renvoi des conclusions de faits consignées au dossier de la cour. Nous ne pensons pas qu'il soit alarmiste de suggérer que l'attitude du Barreau du Haut-Canada dans ce domaine, à moins qu'elle ne change, risque de miner la cause de l'autoréglementation de la profession.

---

[173] *Goldberg c. Law Society 2008* L.S.B.C. 13. Nous constatons que ce même avocat a plaidé un procès de meurtre long et acrimonieux en Ontario et qu'il a fait l'objet de critiques de notre Cour d'appel pour « conduite agressive et outrecuidante ». Voir *R. c. Snow* (2004), 190 C.C.C. (3d) 317, p. 326 (C.A. Ont.).

[174] *LSUC c. Kay*, [2006] L.S.D.D. No. 39; *LSUC c. Carter*, [2005] L.S.D.D. No. 57; *LSUC c. Wagman*, [2006] L.S.D.D. N° 79.

Recommandation n° 34 :

La magistrature devrait imposer le respect des normes élevées de professionnalisme à tous les avocats agissant dans les procès longs et complexes. Des mesures éducatives pourraient tout d'abord être prises afin de rappeler aux avocats les règles de base du comportement en salle d'audience et leurs devoirs en tant qu'officiers de justice. Au premier signe d'inconduite, le juge devrait intervenir et rappeler son rôle à l'avocat. Lorsque les avertissements répétés et les ordonnances s'avèrent vains, le juge devrait aviser l'avocat qu'il va recommander au juge en chef (ou au juge en chef adjoint ou au juge principal régional) un renvoi devant le Barreau du Haut-Canada. Le juge devrait consigner au dossier de la cour des conclusions de fait sur la conduite de l'avocat et l'impact de celle-ci sur les procédures. Un renvoi au Barreau du Haut-Canada, en admettant que le juge en chef ou un autre juge principal l'approuve, peut être répété durant un long procès si l'inconduite se reproduit. Les sanctions judiciaires ultimes, notamment des ordonnances à verser des dépens et des ordonnances pour outrage au tribunal ne devraient être réservées que pour les formes extrêmes d'inconduite par un avocat, et elles ne devraient en général être exercées qu'à la fin du procès et après en avoir avisé l'avocat.

Recommandation n° 35 :

Le Barreau du Haut-Canada devrait réexaminer son approche actuelle quant au traitement de l'inconduite en salle d'audience, une optique selon laquelle cette inconduite porte sur les [TRADUCTION] « questions de discipline professionnelle les moins graves » et qu'elle ne devrait être sanctionnée que par des « moyens de redressement » comme des lettres d'avis, des invitations à comparaître ou des réunions de réglementation. Lorsque l'inconduite d'un avocat dérange ou fausse les procédures au criminel, en particulier dans le cas de procès longs et complexes, cela cause un très grand tort à l'administration de la justice et des sanctions sévères s'imposent. Nous recommandons l'approche adoptée en Colombie-Britannique dans l'affaire *Goldberg c. Law Society*.

4. Réponses du procureur général et de l'aide juridique à l'inconduite en salle d'audience

Les derniers participants au système de justice qui ont compétence pour intervenir en cas d'inconduite des avocats durant un procès long et complexe sont AJO et le ministère du Procureur général. Nous avons déjà formulé au Chapitre 5 nos propositions générales en ce qui concerne l'aide juridique, aussi sera-t-il suffisant aux fins du présent chapitre de nous en tenir à de brèves allusions.

Il devrait aller de soi que, lorsqu'un juge ou un tribunal conclut qu'un avocat s'est mal conduit durant un procès criminel majeur et que cet avocat est rémunéré par des fonds publics par l'entremise d'AJO, cette dernière procède à une enquête sur ce point et qu'il y ait de réelles conséquences pour l'avocat en cause. Nous comprenons que telle est maintenant la pratique en Colombie-Britannique. Certes, il est difficile d'imaginer qu'il existe encore des cas de travail contractuel rémunéré par les deniers publics où l'entrepreneur effectue le travail d'une manière inappropriée et demeure pourtant admissible à effectuer d'autres travaux similaires pour le gouvernement dans le futur. AJO devrait adopter la pratique de la Colombie-Britannique consistant à faire perdre au très petit nombre d'avocats qui se conduisent mal durant des causes longues et complexes leur admissibilité à réitérer leur performance. Le professeur Trebilcock a bien résumé la situation lorsqu'il a indiqué qu'AJO devait « mettre en place un processus bien défini pour retirer, le cas échéant, les avocats inscrits des listes »[175].

Il en va de même pour les réponses disciplinaires prises au sein du ministère du Procureur général. Lorsqu'un avocat de la Couronne se rend coupable d'inconduite durant une poursuite majeure, il doit y avoir une enquête qui est suivie de conséquences, y compris le retrait de l'avocat de la Couronne des procès longs et complexes.

Nous sommes convaincus que la prévention dans ce domaine est bien plus utile que les sanctions *ex post*. Pour peu qu'AJO mette en œuvre nos recommandations formulées dans le Chapitre 5 concernant les normes complètes « d'assurance de la qualité » et qu'elle modifie ses processus de radiation prévus aux articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99, alors les quelques avocats qui ont assumé la responsabilité de certains des procès longs et complexes dysfonctionnels dans cette province deviendront tout simplement inadmissibles à des certificats d'aide juridique dans le futur.

---

[175] *Supra*, note 126, p. 159.

Dans le même ordre d'idées, le procureur général doit veiller à ce que les pratiques d'embauche, de formation et de promotion les plus rigoureuses soient suivies par la Division du droit criminel. Le poste d'avocat de la Couronne est très respecté et il suppose de grandes responsabilités. Il est également bien rémunéré et assorti d'avantages à long terme appréciables. Dans ces circonstances, la Division du droit criminel ne devrait embaucher et promouvoir que les jeunes avocats les plus compétents, et elle ne devrait attribuer ses causes les plus sérieuses qu'aux avocats d'expérience les plus réputés. Parmi les critères qui distinguent les meilleurs avocats de la Couronne figurent leurs compétences en matière de communication. L'avocat de la Couronne doit accepter et comprendre le rôle de l'avocat de la défense et posséder une personnalité qui soit extravertie et communicative vis-à-vis de la défense. Au moment d'assigner un avocat de la Couronne à une cause longue et complexe, ces caractéristiques essentielles doivent être prises en compte.

Enfin, plusieurs participants ont suggéré, et nous sommes d'accord avec eux, que les cultures respectives des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne sont devenues trop figées et divisées par des idéologies rigides, et que les traditions de collégialité et de respect au sein du barreau se sont érodées. Cette situation explique la piètre communication, les conflits inutiles et l'incapacité à résoudre des questions et à abréger les procès. Le professionnalisme exige du respect et de la courtoisie envers un adversaire. Ces valeurs doivent être enseignées dans les facultés de droit et communiquées dans les programmes de formation continue, y compris dans les programmes d'éducation conjoints. Nous pressons instamment l'Ontario Crown Attorneys' Association (OCAA) et la CLA de se charger de rétablir les traditions de respect et de collégialité entre les avocats de la Couronne et ceux de la défense. L'OCAA et la CLA sont des organismes solides et forts respectés. Ils nous ont remis chacun d'excellentes observations bien pensées et responsables. Nous croyons qu'ils peuvent et doivent travailler ensemble à ce projet crucial qui consiste à éliminer certaines des divisions qui règnent au sein du barreau.

Recommandation n° 36 :

AJO et le ministère du Procureur général devraient prendre des mesures disciplinaires, dans leurs propres sphères de compétence, lorsqu'un avocat fait preuve d'inconduite

dans le cadre d'un procès long et complexe. Ils doivent aussi prendre des mesures proactives afin de prévenir les cas d'inconduite en insistant sur les normes de professionnalisme élevées au moment de déterminer l'admissibilité aux listes (pour AJO) et au moment d'embaucher, de promouvoir et d'assigner une affaire à un avocat de la Couronne (dans le cadre de la Division du droit criminel).

Recommandation n° 37 :

L'OCAA et la CLA devraient développer des programmes conjoints d'éducation afin de réinstaurer les traditions de collégialité et de respect entre les avocats de la Couronne et les avocats de la défense.

5. Le problème particulier de l'incompétence

L'incompétence constitue un aspect discret de l'inconduite professionnelle. L'avocat est tenu d'un devoir éthique de compétence vis-à-vis de son client, et le *Code de déontologie* offre une description assez détaillée de ce devoir[176]. Le Barreau du Haut-Canada a récemment déployé des efforts accrus pour faire respecter ce devoir de compétence après avoir été vivement critiqué de ne pas avoir fait respecter ce devoir éthique important[177].

Nous n'avons pas reçu de réponse claire durant nos consultations à la question de savoir si un juge de première instance avait le pouvoir de révoquer un avocat incompétent, notamment dans le cadre d'un procès long et complexe dans lequel des degrés particulièrement élevés de compétence peuvent être exigés. Nous souhaitons aborder brièvement ce sujet difficile.

Il y a eu dans le passé en Ontario des exemples bien connus de juges de première instance d'expérience qui ont persuadé un avocat qu'il n'avait pas le niveau requis d'expérience et de compétence pour diriger une cause majeure. Dans chaque cas, l'avocat a

---

[176] *Supra*, note 153, Règle 2.01. L'incompétence aussi est passible de poursuite tant en matière délictuelle que contractuelle. Voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

[177] M. Trebilcock, « Regulating Legal Competence » (2001) 34 Revue canadienne du droit de commerce 444; H. Arthurs, « The Dead Parrott: Does Professional Self-Regulation Exhibit Vital Signs? » (1995) 33 Alta. L. Rec. 800; G. Mackenzie, *Lawyers and Ethics, Professional Responsibility and Discipline*, Toronto, Thomson Canada Limitée, 2006, 4e éd., chapitre 24.

accepté le conseil et un avocat plus expérimenté a été désigné pour l'aider. Il n'a pas été nécessaire pour le tribunal de rendre une décision ni d'émettre une ordonnance. Cependant, lorsque le juge de première instance n'arrive pas à convaincre l'avocat de cette manière, la question qui se pose est celle de savoir si ce juge (ou le juge responsable de la gestion de l'instance aux étapes préliminaires, en supposant que notre Recommandation n° 10 au sujet de l'octroi de certains pouvoirs à ces juges est retenue) a le pouvoir de révoquer un avocat qui est incapable de se charger de l'instruction d'un procès long et complexe.

Il n'existe pas de référence directe sur ce point, mais nous pensons qu'un tel pouvoir existe et devrait être exercé lorsque le juge de première instance, ou de préférence le juge responsable de la gestion de l'instance aux étapes préliminaires, conclut que l'avocat ne possède pas la compétence voulue pour diriger un procès long et complexe. Le juge Hill de la Cour supérieure de l'Ontario nous a livré un travail très complet sur le sujet, intitulé *Ineffective Assistance of Counsel* (L'assistance inefficace d'un avocat) rédigé en décembre 2002, ainsi qu'une présentation en mars 2008 sous le titre de *The Under-Represented Accused (L'accusé sous représenté)*; ces deux travaux ayant été préparés dans le cadre de programmes éducatifs conjoints. Nous sommes très reconnaissants de l'aide que le juge Hill nous a apportée à cet égard.

La source de la compétence du juge de première instance d'ordonner le retrait d'un avocat incompétent, à supposer qu'un tel pouvoir existe, doit être trouvée dans le pouvoir implicite de toutes les cours d'archives de contrôler leur propre procédure et d'assurer un procès équitable[178]. Un accusé qui retient les services d'un avocat a le droit, sur le plan constitutionnel, à une représentation compétente de la part de celui-ci afin de protéger « l'équité du procès [...] tant du point de vue de la fiabilité du verdict que du point de vue du caractère équitable du processus décisionnel menant à ce verdict »[179]. Sur les plans de la logique et des principes, nous pouvons conclure que ce pouvoir de révocation de l'avocat devrait permettre de protéger le droit de l'accusé à une représentation compétente, car ils sont tous deux reliés par la même politique et le même objectif sous-jacents. En outre, il serait anormal que les cours d'appel puissent se prévaloir de manière indiscutable du pouvoir de renverser une déclaration de culpabilité, en raison de l'incompétence de la représentation

[178] *Supra*, note 95.
[179] *Supra* notes 138 et 139.

assumée par l'avocat, alors que les tribunaux de première instance ne disposeraient d'aucun pouvoir de prévenir une telle violation d'un droit. Les tribunaux de première instance ont le devoir de veiller à ce que le procès soit conduit sans erreur justifiant l'infirmation d'une décision. Selon les termes employés par un commentateur américain, dans les cas [TRADUCTION] « d'incompétence manifeste... le tribunal de première instance ne peut pas demeurer à attendre qu'un appel répare de manière rétrospective le préjudice » causé par l'aide inefficace d'un avocat[180].

Dans une affaire, les tribunaux n'ont pas hésité à exercer le pouvoir de priver un avocat du droit d'occuper pour son client en raison de conflits d'intérêts. Dans *Re Regina and Speid*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré ce qui suit[181] :

> [TRADUCTION]
> La common law a depuis longtemps reconnu comme fondamental le droit d'un accusé à retenir les services de l'avocat de son choix [...] Par contre, même s'il s'agit d'un droit fondamental qui doit être ardemment protégé par les tribunaux, celui-ci ne constitue pas un droit absolu et il est circonscrit par certaines limites. On espérait que ces limites soient bien connues du Barreau, mais si elles ne sont pas respectées, le tribunal a le pouvoir de retirer un avocat du dossier et de l'empêcher d'agir (*souligné par nous*).
>
> En évaluant le bien-fondé d'une ordonnance de récusation, la Cour doit viser l'équilibre entre le droit de la personne de retenir les services d'un avocat de son propre choix, la politique publique et l'intérêt public dans l'administration de la justice et dans les principes de justice fondamentale (*souligné par nous*) et qu'« une telle ordonnance ne doit pas être rendue en l'absence de motifs convaincants ». Il s'agit clairement d'un cas de cette nature, et agir autrement entraînerait un réel méfait ou un réel préjudice.
>
> ...
>
> M. Speid a le droit d'être représenté par un avocat. Il a droit à des conseils professionnels, mais il n'a pas le droit d'être représenté par un avocat qui, en acceptant le dossier, ne peut pas agir d'une façon professionnelle. L'avocat ne peut pas accepter un dossier si, ce faisant, il ne peut pas agir d'une façon professionnelle; si un

[180] G. Benson-Amram, « Protecting the Integrity of the Court: Trial Court Responsibility for Preventing Ineffective Assistance of Counsel in Criminal Cases » (2004) 29 N.Y.U. Rev. of Law and Social Change 425, p. 452.
[181] (1983), 8 C.C.C. (3d) 18, p. 20-22 (C.A. Ont.).

> avocat agit ainsi, le client se voit refuser des services professionnels (*souligné par nous*).

Parallèlement, dans *MacDonald Estate c. Martin*, le principal arrêt de la Cour suprême du Canada sur l'inhabileté d'un avocat à continuer d'occuper pour son client en raison d'un conflit d'intérêts, le juge Sopinka a décrit la source du pouvoir du tribunal de première instance dans les termes suivants[182] :

> Un code de déontologie contient des lignes directrices dont la transgression est, en règle générale, sanctionnée par des mesures disciplinaires [...] Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d'occuper pour une partie en cas de conflit d'intérêts, ne sont pas tenus d'appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l'occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il peut influer sur l'administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance (*souligné par nous*).

Ces arrêts confirment la compétence de priver du droit d'occuper pour son client un avocat qui « ne peut pas agir d'une façon professionnelle » afin de protéger « l'administration de la justice ». Une telle compétence doit pouvoir être exercée à l'encontre d'un avocat incompétent, car il n'agit pas de manière professionnelle et il mine la bonne administration de la justice.

Dans un arrêt de l'Ontario, le tribunal a décidé que tout membre du Barreau du Haut-Canada a le droit de comparaître en justice et que le pouvoir du juge de première instance de [traduction] « maîtriser ses propres procédures judiciaires n'implique pas qu'il ait le droit de décider quel avocat est habilité à comparaître devant lui » et que ce principe vaut aussi pour l'avocat « incompétent »[183]. Il ne s'agit que d'une décision d'un seul juge et les faits de la cause étaient peu concluants dans la mesure où ils ne justifiaient pas une ordonnance de retrait de l'avocat du dossier. De toute façon, par la suite, la Cour d'appel a émis des doutes sur le bien-fondé de cette décision. Dans *R. c. Romanowicz*, la Cour a statué que des tribunaux de première instance avaient le pouvoir de révoquer des parajuristes pour des motifs de

[182] [1990] 3 R.C.S. 1235, paragr. 21.
[183] *Re Milligan* (1991), 1 C.P.C. (3d) 12 (Cour Ont. (Div. gén.)).

compétence, ce qui laisse grande ouverte la question de savoir si ce pouvoir s'étend aussi aux avocats. Selon la Cour d'appel, la compétence du tribunal de première instance de destituer un parajuriste incompétent trouve sa source dans le [TRADUCTION] « pouvoir du tribunal de maîtriser sa propre procédure afin d'en protéger l'intégrité ». En principe, ce pouvoir devrait être étendu aux avocats, et la Cour d'appel « s'est défendue de convenir avec les remarques du juge Dilks [dans l'arrêt *Milligan*] selon lesquelles les juges de première instance ne seraient pas en mesure d'empêcher toute représentation par un avocat incompétent »[184].

Par conséquent, on peut déduire nettement des principes et des autorités sur la question qu'un tel pouvoir existe. Le juge Hill, d'après ses deux travaux, est en faveur du pouvoir d'empêcher un avocat incompétent de continuer d'occuper dans une affaire, à l'instar du principal commentateur américain, le juge Schwarzer[185]. Comme eux, nous estimons que les tribunaux ont, en vertu de la common law, le pouvoir d'intervenir dans un procès lorsqu'il peut être démontré que l'incompétence de l'avocat porte atteinte à l'équité du procès.

La difficulté réside dans le fait de savoir quand et comment exercer ce pouvoir. Le juge Hill est en faveur d'une certaine retenue : [TRADUCTION] « de façon réaliste et pratique, le juge de première instance est limité à intervenir 'uniquement' dans les cas d'incompétence flagrante, manifeste ou évidente ». Il a expliqué de la manière suivante les raisons d'une norme rigoureuse de retenue[186] :

> [TRADUCTION]
> Pour le tribunal de première instance, le défi que constitue le constat de l'incompétence provient généralement de la déficience de l'ensemble d'un dossier que perçoit le juge présidant le procès, laquelle indique souvent un risque accru de rendement inférieur à la norme pendant le procès, et des limites imposées au tribunal par le système accusatoire lui-même. Une motion en matière de compétence lors d'un procès est un événement rare [...]
>
> De plus, la mise en cause judiciaire de l'avocat de la défense dans un système contradictoire peut, à un certain niveau, sembler constituer une menace au droit de l'accusé de choisir son propre

---

[184] *Supra*, note 95 paragr. 58 et 72.
[185] W. Schwarzer, « Dealing with Incompetent Counsel – the Trial Judge's Role » (1980) 93 Harv. L. R. 633. Voir aussi P. Calarco, « Not in My Court You Don't! The Right of Audience and Enforcement of Ethical Conduct » (2008) 54 C.L.Q. 130.
[186] Le juge C. Hill, « The Under-Represented Accused », mars 2008, non publié, p. 27-32, « Ineffective Assistance of Counsel », décembre 2002, non publié, p. 27-28.

> avocat, risquer de miner la confiance du client envers l'avocat, détruire l'apparence d'un procès juste, et toute « enquête sérieuse envers la compétence pourrait bien entraîner le juge de première instance dans des discussions confidentielles » entre l'accusé et les avocats, ou injustement « révéler les stratégies et tactiques de la défense à la poursuite ».

Le juge Schwarzer recommande une approche progressive concernant les recours à exercer en cas [TRADUCTION] « de déficiences constatées avant qu'il ne soit trop tard, en commençant toujours par prendre la mesure la moins dérangeante en fonction des besoins », mais en finissant éventuellement par « ordonner le remplacement de l'avocat »[187]. Le juge Hill milite aussi pour le recours à [TRADUCTION] « une panoplie de mesures préventives ou de redressement » comme des instructions, des conseils, des directives, des pauses ou des ajournements. Enfin, « dans les cas d'incompétence manifeste, le tribunal devrait refuser de procéder à défaut du remplacement de l'avocat en cause ou de l'intégration d'un avocat d'expérience à l'équipe des avocats de la défense »[188].

Nous approuvons l'approche de prudence et de retenue proposée par les juges Hill et Schwarzer en ce qui concerne cette question particulièrement difficile. Le juge de première instance ne devrait intervenir qu'en cas de preuve concluante d'incompétence, et son intervention devrait prendre la forme de mesures moins contraignantes avant d'en arriver à priver l'avocat de son droit d'occuper pour son client.

Recommandation n° 38:

Les tribunaux de première instance ont compétence pour empêcher un avocat incompétent d'occuper pour leur client, afin de protéger l'équité d'un procès long et complexe. Cette compétence devrait être exercée avec prudence et retenue, en prenant tout d'abord des mesures moins contraignantes visant à guider l'avocat et à lui suggérer d'obtenir de l'aide, et elle ne devrait être exercée qu'en cas de preuve d'incompétence évidente.

---

[187] *Op. cit.*, p. 650 et 662-664.

[188] « The Under-Represented Accused », *supra*, note 184, p. 39-49; « Ineffective Assistance of Counsel », *supra*, note 184, p. 30-35.

D. Bilan du système de justice lorsqu'une cause longue et complexe est considérée comme un échec

De nombreux participants à notre examen ont recommandé l'adoption de la pratique qui prévaut maintenant au Royaume-Uni de réaliser des bilans des causes majeures qui sont perçues par le public comme ayant été menées de manière inefficiente ou inefficace. Une enquête neutre des affaires qui sont perçues comme des échecs, soutient-on, pourrait contribuer à empêcher que de telles situations ne se reproduisent et à rétablir la confiance du public.

Il convient de noter qu'AJO et le ministère du Procureur général ont appuyé cette proposition. Son mérite, selon nous, tient au plus grand degré de transparence et d'objectivité inhérent à l'examen de l'affaire par un tiers expert. Une enquête interne d'AJO sur la performance de son avocat ou une enquête interne du ministère du Procureur général sur la performance de son avocat demeurerait nécessairement confidentielle et ne serait pas perçue comme revêtant le caractère d'indépendance voulu. Le modèle britannique permet une meilleure reddition de compte au public lorsqu'une cause longue et complexe est perçue comme ayant été un échec. Elle présente aussi l'avantage de sortir l'affaire de l'arène politique. Enfin, elle évite les retards, les dépenses et les pièges procéduraux inhérents à toute Enquête publique exhaustive.

Le modèle britannique, comme nous l'appelons, provient de deux sources distinctes. D'une part, un examen après procès est prévu par l'alinéa 2(1)*b*) de la *Crown Prosecution Service Inspectorate Act 2000* de ce pays, cette loi autorisant le procureur général à renvoyer une affaire à un vérificateur externe appelé Inspecteur en chef (Chief Inspector) du Crown Prosecution Service[189]. La demande formulée par la Couronne visant à faire rejeter toutes les accusations dans la récente affaire *Jubilee Line* constitue une bonne illustration de l'application de cette disposition. L'Inspecteur en chef a résumé l'objectif de cet examen de la manière suivante[190] :

---

[189] *Crown Prosecution Service Inspectorate Act 2000* (Royaume-Uni), 2000, ch. 10, al. 2 (1)*b*).

[190] *Review of the Investigation and Criminal Proceedings Relating to the Jubilee Line Case*, Inspecteur en chef auprès de Sa Majesté Stephen Wooler, Londres, HMCPSI, 2006, p. (i).
En ligne : http://www.hmcpsi.gov.uk/reports/JubileeLineReponly.pdf

[TRADUCTION]
La débâcle de l'affaire *Jubilee Line* en mars 2005, sans que l'on ait demandé au jury d'examiner ses verdicts, a été perçue de façon générale comme un désastre coûteux qui reflétait l'absence de fiabilité du système de justice pénale. On a formulé de graves allégations selon lesquelles le personnel du métro de Londres avait été corrompu, et qu'en conséquence, les principaux défendeurs s'étaient malhonnêtement enrichis grâce au financement public de ce projet. On a dépensé des sommes importantes de deniers publics pour faire enquête plus à fond sur ces allégations et les juger, mais sans utilité, parce que le procès n'a donné lieu à aucune décision sur le bien-fondé de ces allégations. On a imposé une obligation inacceptable au jury saisi de cette affaire, dont le temps passé en cour – s'élevant en l'espèce à une partie importante de leur vie, soit près de 21 mois – s'est en fait avéré du temps perdu.

Immédiatement après la débâcle de l'affaire, le procureur général m'a envoyé le dossier dans le but que je rende compte des raisons pour lesquelles cet état de choses était survenu et que je fasse des recommandations conçues pour en prévenir la récurrence. En agissant ainsi, il a clairement mis en évidence que la priorité devrait être de faire la lumière sur ce qui a mal fonctionné et d'en tirer des leçons, plutôt que de chercher à faire la part des responsabilités et adresser des critiques. Tel était précisément l'objectif de l'examen, et il m'a fait plaisir de l'entreprendre.

Une autre approche quelque peu différente prévaut aussi au Royaume-Uni. Elle consiste à établir un Conseil d'examen plus large composé de représentants des principaux intervenants du système de justice et de lui faire examiner les causes longues et complexes dont on pense qu'elles n'ont pas été conduites avec efficacité. Lord Falconer, le lord Chancelier (Lord Chancellor) a annoncé qu'il adoptait cette approche dans son rapport au Parlement de juillet 2005 intitulé *A Fairer Deal for Legal Aid*[191] :

---

[191] *A Fairer Deal for Legal Aid*, le secrétaire d'État aux Affaires constitutionnelles et lord chancelier, Londres, Department for Constitutional Affairs, 2005, p. 26. En ligne : http://www.dca.gov.uk/laid/laidfullpaper.pdf

> [TRADUCTION]
> Pour s'assurer que nous améliorons et raffinons continuellement la manière dont nous gérons les causes à coûts élevés, les principaux intervenants de l'ensemble du système de justice pénale siègeront à un Conseil d'examen des causes à coût très élevé. Après la conclusion des causes, les membres du Conseil examineront collectivement les motifs pour lesquels l'instruction des causes les plus importantes a pris tellement de temps et drainé autant de ressources, et conviendront ensemble des moyens pour améliorer le contrôle et la gestion de ces causes.

Le Conseil d'examen des causes à coût très élevé (Very High Cost Case Review Board) a ainsi été constitué et il procède actuellement à des vérifications après coup des procès criminels longs et coûteux au Royaume-Uni.

L'approche par inspection est bien entendu plus ciblée, car elle permet au procureur général d'ordonner des examens de manière sélective des seules causes particulièrement troublantes qui semblent n'avoir pas été bien conduites par le système de justice. Il est probable que cet examen doive être réalisé après la conclusion de tout appel interjeté. L'approche du Conseil d'examen des causes à coût très élevé permet d'examiner un nombre plus élevé d'affaires, et elle produit probablement des résultats plus représentatifs au lieu de s'attarder uniquement aux pires causes. Elle favorise également le développement de solutions de consensus en raison de la large représentation dont jouit le Conseil, ses membres étant issus de tous les secteurs du système de justice. Elle serait toutefois plus coûteuse qu'une inspection ciblée.

Nous recommandons l'examen de l'un ou de l'autre des modèles proposés, pour les raisons énoncées ci-dessus, mais avec certaines modifications. Il serait peut-être sage de commencer par adapter le modèle moins coûteux de l'inspection et, si des leçons utiles peuvent en être tirées et qu'un élargissement est fondé, on pourrait ensuite passer au modèle plus dispendieux, mais plus complet, du Conseil d'examen. Il convient de faire observer que la législation britannique prévoit un bureau d'inspection permanent et un poste permanent d'Inspecteur en chef. Selon nous, cela n'est pas nécessaire, et nous pensons que la nomination ponctuelle d'inspecteurs pour chaque cas particulier serait la meilleure façon de commencer.

Recommandation n° 39 :

Le procureur général devrait détenir la compétence d'ordonner un bilan ou une vérification d'un procès long et complexe, par un expert neutre, lorsqu'il estime raisonnablement que l'affaire a été instruite d'une manière inefficace ou inefficiente. La *Crown Prosecution Inspectorate Act 2000* (Royaume-Uni) constituerait à cet égard un modèle utile, sous réserve de quelques modifications.

CHAPITRE 7 : Traiter le cas d'un accusé non représenté par avocat

A. Introduction

La question de l'accusé non représenté par avocat ou qui se représente lui-même, bien qu'elle intéresse l'ensemble du système de justice, est particulièrement pertinente dans le contexte des causes longues et complexes. Un procès qui semble relativement simple de prime abord, peut se transformer en une procédure longue et complexe pour peu que l'accusé choisisse de se représenter lui-même. Dans ces affaires dans lesquelles un accusé qui se représente lui-même a l'intention de diriger ou de perturber le procès, il faut prendre des mesures de redressement que nous aborderons dans ce dernier chapitre.

Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles un accusé peut choisir de se représenter lui-même. La principale explication de la non-représentation d'un accusé par avocat est que de nombreux Canadiens, en raison de leurs actifs ou de leurs revenus, ne sont pas admissibles à l'aide juridique, mais n'ont pas non plus les moyens de s'offrir les services d'un avocat[192]. Une personne peut aussi ne pas être représentée par avocat parce qu'elle n'a pas été en mesure d'en trouver un qui accepte d'agir pour elle. Enfin, un accusé peut choisir de se représenter lui-même parce qu'il est convaincu, bien imprudemment, qu'il est capable de mener lui-même sa propre défense. C'est ce dernier groupe d'accusés qui présente les défis les plus difficiles. Si, pour une raison quelconque, un accusé n'est pas représenté par avocat ou choisit de se représenter lui-même, il se peut que le tribunal soit obligé dans certaines circonstances de fournir à l'accusé une représentation sur le plan juridique.

Il est difficile pour le juge de première instance de veiller à ce que le procès soit juste et équitable lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat ou qu'il choisit de se représenter lui-même. La description suivante que fait la juge Fuerst d'un accusé non représenté par avocat met bien en évidence quelques-unes des difficultés soulevées par une telle situation[193] :

> [TRADUCTION]
> Quelle que soit la cause de son statut, l'accusé qui assure sa propre défense est habituellement mal armé pour mener un

[192] Remarques de la très honorable Beverley McLachlin, C.P., Empire Club of Canada, Toronto, le 8 mars 2007, en ligne : http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/spe-dis/bm07-03-08-eng.asp

[193] Madame la juge M. Fuerst, « The Self Represented Accused: The Trial Judge's Perspective », juillet 2007, non publié, p. 2.

> procès criminel. Il se présente au tribunal avec une compréhension limitée du processus judiciaire, souvent influencée par des représentations trompeuses de la télévision et du cinéma. Sa connaissance des principes juridiques de fond se limite à ceux qui découlent d'une lecture d'un *Code criminel* annoté. Il ne connaît pas les règles de procédure et de preuve. Même une fois mis au courant des règles, il ne veut pas s'y conformer ou éprouve des difficultés à le faire. Il ne comprend pas ou ignore les limites imposées par le concept de pertinence, et l'attention du procès est souvent portée vers des aspects subsidiaires. Les questions sont mal formulées, que ce soit en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire. Les questions incohérentes, décousues ou compliquées constituent la norme. On considère la possibilité de faire des observations comme une occasion de témoigner sans se présenter à la barre des témoins.

Souvent, le système de justice pénale ne fonctionne pas comme il le devrait lorsqu'un accusé non représenté par un avocat ne peut ni présenter ni contester la preuve de manière pertinente. Dans une telle situation, le juge de première instance est invité à corriger le déséquilibre, ce qui peut toutefois créer un conflit entre deux principes : l'impartialité du juge de première instance et la nécessité d'intervenir pour protéger les droits d'un accusé non représenté par avocat. Dans *R. c. McGibbon,* la Cour d'appel de l'Ontario a abordé la question du devoir général d'assistance qui incombe au juge de première instance dans un tel cas[194] :

> [TRADUCTION]
> Conformément à l'obligation de veiller à ce que l'accusé ait un procès équitable, le juge de première instance est tenu dans les limites du raisonnable de prêter assistance à l'accusé qui se représente lui-même, de l'aider à bien mener sa défense, et de le guider tout au long du procès de façon à ce que sa défense produise tous ses effets. Aux étapes comme l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de témoins, il est essentiel que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire pour décider jusqu'où doit aller son aide à l'accusé.

Au-delà de ce devoir général d'assistance du juge de première instance, il y a d'autres options possibles pour permettre au tribunal de résoudre les questions difficiles soulevées durant le procès d'un accusé qui se représente lui-même ou qui n'est pas représenté par

[194] *R. c. McGibbon* (1988), 45 C.C.C. (3d) 334, p. 347 (C.A. Ont.). Voir aussi : *Énoncé de principes concernant les personnes non représentées par un avocat*, Conseil canadien de la magistrature, 2006. En ligne : http://cfcj-fcjc.org/inventory/reform.php?id=46

avocat. En particulier dans le contexte des causes longues et complexes, le juge de première instance peut trouver nécessaire de nommer un intervenant désintéressé pour aider le tribunal, ou, dans des circonstances exceptionnelles, de nommer un avocat pour représenter l'accusé afin de préserver l'intégrité du déroulement de la procédure et d'assurer l'équité du procès.

B. Nomination d'un intervenant désintéressé

Un juge détient le pouvoir de nommer un intervenant désintéressé *(amicus curiae)* au procès d'un accusé non représenté par avocat ou qui se représente lui-même, en vertu de sa compétence inhérente à protéger l'équité du procès et la bonne administration de la justice[195]. Dans *R. c. Lee*, le tribunal a dressé une liste non exhaustive de facteurs à considérer au moment de décider s'il faut nommer un intervenant désintéressé dans une affaire impliquant un accusé non représenté par avocat : la complexité de l'affaire, la gravité des peines éventuelles, l'âge de l'accusé et sa capacité à comprendre les procédures et à s'exprimer lui-même, et la familiarité de l'accusé avec le déroulement de la procédure[196].

Le choix du moment de l'ordonnance de nomination d'un intervenant désintéressé peut s'avérer important. Un tel intervenant devrait en général être nommé à la première occasion possible dans le contexte de procédures complexes impliquant un accusé non représenté par avocat. Cela permettra d'éviter certains des retards inhérents à toute nomination de ce genre durant le procès. Dans *R. c. W. (P.H.L.)*, le tribunal a noté que si l'intervenant désintéressé avait été nommé après le début du procès, le juge de première instance aurait pu être obligé de déclarer le procès nul en raison du retard causé par la nomination tardive[197].

En ce qui concerne le rôle de l'intervenant désintéressé, la jurisprudence propose toute une gamme d'interventions durant le procès. Dans le passé, l'intervenant désintéressé ne jouait pas un rôle déterminant; il se bornait à présenter des observations afin que le tribunal ait connaissance de tous les points de droit ou de fait pertinents, aidant ainsi avec retenue à assurer l'équité du procès. Dans l'affaire *R. c. Brown*, le procès pour meurtre « Just Desserts » constitue une bonne illustration de cette approche. L'un des trois co-accusés se représentait

---

[195] *R. c. Samra* (1998), 129 C.C.C. (3d) 144, p. 154 (C.A. Ont.); *R. c. Tehrankari* [2008] O.J. N° 1902 (S.C.J.). Le juge C.D. McKinnon aborde aussi la question du financement de l'intervenant désintéressé dans le dernier cas.
[196] *R. c. Lee* (1998), 125 C.C.C. (3d) 363, p. 365 (C.S. T.N.-O.).
[197] *R. c. W. (P.H.L.)* (2004), 190 C.C.C. (3d) 60 (C.A. C.-B..).

lui-même, et un intervenant désintéressé avait été nommé, mais n'avait joué qu'un rôle très limité. L'intervenant désintéressé n'avait pas contre-interrogé de témoins, ni prodigué de conseils à l'accusé ni reçu de renseignements confidentiels de l'accusé, et il n'avait présenté au tribunal que des observations fondées sur la base de témoignages reçus[198]. Dans d'autres affaires, l'intervenant désintéressé a contre-interrogé des témoins. Cette situation peut se produire lorsqu'un accusé n'est pas autorisé à contre-interroger lui-même les témoins, comme dans les cas où les témoins sont des victimes mineures de crimes sexuels ou qu'elles sont autrement vulnérables, ou quand la participation de l'intervenant est nécessaire pour faire en sorte que les éléments de preuve soient éprouvés de manière adéquate[199]. Étant donné la longueur et la complexité croissantes des procès criminels, comme discuté dans le Chapitre 2, nous pensons que le tribunal devrait attribuer à l'intervenant un rôle appréciable. Lorsque l'intervenant joue un rôle étendu, y compris interroger et contre-interroger les témoins, il doit consulter son client à condition ce dernier est prêt à le rencontrer. Bien que l'intervenant désintéressé ne soit pas l'avocat de l'accusé, les tribunaux ont sensiblement protégé la confidentialité de ces communications[200].

La récente décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. c. W. (P.H.L.)*, présente à cet égard un intérêt particulier dans la mesure où la Cour semble envisager un rôle étendu pour l'intervenant désintéressé. L'accusé, une personne âgée, était accusé d'agressions sexuelles chroniques perpétrées à l'encontre de ses filles. Les services de l'aide juridique lui avaient été refusés et une ordonnance *Rowbotham* avait été rejetée pour le motif qu'il avait les moyens de retenir les services d'un avocat. L'accusé a choisi de se représenter lui-même. Le ministère public a reconnu que l'affaire était sérieuse et complexe. Dans le cadre de l'appel de sa déclaration de culpabilité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que, au fur et à mesure que le procès progressait, il devenait évident que l'accusé n'était pas capable de se défendre lui-même avec efficacité. Malgré les avertissements du juge de première instance, il soulevait fréquemment des sujets qui n'aidaient pas sa cause; il avait refusé de contre-interroger les plaignantes; et il a fini par abandonner son exposé final à la suite d'objections

[198] *R. c. Brown*, 1999 Carswell Ont. 4700 (Gen. Div.) conf. (2006), 215 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.). Voir aussi *R. c. Samra*, *supra*, note 195, p. 153.
[199] *R. c. Lee*, *supra*, note 196, p. 365-367; *R. c. Phung* [2006] O.J. N° 5663 (S.C.J.).
[200] *R. c. Lee*, *supra*, note 196, p. 367; *R. c. Jordan* 2002 Carswell On. 6235, paragr. 23 (S.C.J.). Les quatre critères de *Wigmore* pour la reconnaissance du privilège au cas par cas sembleraient s'appliquer dans ces circonstances. Voir *R. c. Gruenke* (1991), 67 C.C.C. (3e) 289 (C.S.C.).

selon lesquelles il essayait de produire de nouveaux éléments de preuve. La Cour a statué que l'accusé ne pouvait être jugé de manière équitable sans l'aide d'un avocat, et que le juge de première instance aurait dû soit entendre une nouvelle demande *Rowbotham*, soit nommer un intervenant désintéressé[201]. Une nouvelle demande *Rowbotham* aurait certainement échoué puisque la situation financière de l'accusé n'avait pas changé. L'essentiel du raisonnement de la Cour semble avoir été que dans ces circonstances un intervenant désintéressé aurait dû être nommé, et que son rôle aurait dû consister à aider l'accusé à mener sa défense de manière à ce qu'il fût jugé dans le cadre d'un procès équitable.

Nous pensons que la nomination d'un intervenant désintéressé aux premières étapes d'un procès long et complexe comporte de nombreux avantages lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat ou qu'il se représente lui-même. L'intervenant désintéressé peut aider à repérer les questions et motions qui sont potentiellement fondées et celles qui ne le sont pas. Si l'accusé se prend à avoir confiance en l'intervenant désintéressé, le rôle de ce dernier peut évoluer pour devenir une forme de représentation et ainsi contribuer à abréger et à simplifier ces procès très difficiles.

C. Désigner un avocat

Le paragraphe 651(2) du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

> L'avocat de l'accusé ou l'accusé, s'il n'est pas défendu par avocat, a le droit, s'il le juge utile, d'exposer la cause pour la défense, et après avoir fini cet exposé, d'interroger les témoins qu'il juge à propos, et lorsque tous les témoignages ont été reçus, d'en faire un résumé (*souligné par nous*).

Cette disposition énonce le droit d'un accusé qui est prévu par la loi de se représenter lui-même. Dans *R. c. Swain*, la Cour suprême du Canada a statué que le droit de l'accusé d'assumer la conduite de sa propre défense, y compris le droit de se représenter lui-même, était un principe constitutionnel[202] :

---

[201] *R. c. W. (P.H.L.)*, *supra*, note 197, p. 65-70. Voir aussi *R. c. Chemama* 2008 ONCJ 31 (C.J. Ont.) où le juge Green a refusé une demande *Rowbotham*, mais désigné un intervenant désintéressé.
[202] *R. c. Swain* [1991] 1 R.C.S. 933, p. 972. Voir aussi *R. c. Vescio* [1949] R.C.S. 139, paragr. 11.

> Puisque les principes de justice fondamentale reposent sur un système accusatoire et contradictoire de justice criminelle fondé sur le respect de l'autonomie et de la dignité humaines, il me semble évident qu'il faut également, en vertu des principes de justice fondamentale, qu'un accusé ait le droit de contrôler la conduite de sa propre défense [...] L'accusé décide lui-même s'il sera représenté par un avocat *(souligné par nous)*.

Lorsqu'un accusé exerce son droit de conduire sa propre défense, il conserve bien évidemment son droit à un procès équitable. Par conséquent, le juge de première instance doit aider l'accusé à suivre le déroulement de la procédure et à présenter sa défense. Jusqu'où le juge de première instance doit-il aller pour aider un accusé qui se représente lui-même, comme discuté plus haut, relève de sa discrétion. Dans certains cas, le juge de première instance peut en effet aller aussi loin qu'apporter son aide dans la contre-interrogation des témoins[203].

Cependant, les tribunaux ont toujours statué qu'un accusé qui se représentait lui-même n'avait pas droit à un traitement spécial en vertu de ce statut, l'accusé devant assumer le risque inhérent au fait de se représenter lui-même[204]. Le droit de se représenter lui-même et de présenter une défense pleine et entière ne lui confère pas le loisir de tourner en dérision le tribunal et sa procédure[205] :

> [TRADUCTION]
> Le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière l'autorise à présenter une preuve pertinente, évoquer des moyens de droit et s'adresser au tribunal. Il ne donne pas le loisir de paralyser le processus du procès avec une suite ininterrompue de témoins soumis à d'interminables interrogatoires sur des questions non pertinentes. À cet égard, un accusé qui assure sa propre défense ne jouit d'aucun privilège particulier. Sur les questions purement formelles, étant dépourvu de connaissances juridiques, il se verra généralement accorder une latitude raisonnable au moment de poser des questions, de formuler des objections, et de plaider des questions de droit. Cependant, un accusé qui renonce aux services d'un avocat n'obtient pas le droit de procéder selon des règles fondamentales différentes.

Des défis supplémentaires peuvent toutefois être soulevés par un accusé indiscipliné

---

[203] *R. c. McGibbon*, *supra*, note 194.
[204] *R. c. Romanowicz* (1998), 14 C.R. (5e) 100 (Cour Ont. (Div. gén.)), conf. *supra*, note 95.
[205] *R. c. Fabrikant*, *supra*, note 102, p. 574; *R. c. Pawliw* (1985), 23 C.C.C. (3d) 14, p. 18 (C.S. C.-B.).

qui se représente lui-même. Dans un tel cas, la nomination d'un intervenant désintéressé peut ne pas améliorer le déroulement de la procédure puisque l'attitude et le comportement de l'accusé ne le prédisposent généralement pas à accepter de l'aide. Dans ce genre de situations, le seul recours judiciaire offert est d'ordonner l'expulsion de l'accusé de la salle d'audience. L'alinéa 650(2)*a*) du *Code criminel* prévoit le pouvoir d'expulser l'accusé « lorsqu'il se conduit mal en interrompant les procédures, au point qu'il serait impossible de les continuer en sa présence ».

L'exemple peut-être le plus connu des difficultés suscitées par ce recours extrême est l'arrêt *R. c. Fabrikant*. Les notes de cet arrêt donnent une bonne idée de la lutte qu'a dû livrer le juge de première instance pour instaurer un équilibre entre l'intégrité du déroulement de la procédure et le droit de l'accusé qui se représente lui-même d'être présent et de mener une défense pleine et entière[206] :

> Suite à une fusillade dans une université, l'accusé a été inculpé sous quatre chefs d'accusation de meurtre au premier degré, deux chefs de tentative de meurtre et deux chefs de prise d'otages. Il ne subsistait aucun doute que l'accusé avait tué les victimes et qu'il avait commis les autres actes allégués. La preuve de la Couronne a duré environ deux mois, bien qu'elle ait été interrompue par une audience pour déterminer si l'accusé était en mesure de subir un procès. À la conclusion de la preuve de la Couronne, l'accusé, après avoir décidé d'agir pour son propre compte, a entrepris une défense qui a duré plus de deux mois et exigé la comparution de 77 témoins. Le juge de première instance a trouvé qu'une bonne partie de la preuve présentée par l'accusé était sans pertinence. L'accusé était constamment grossier envers le juge de première instance, le désignant à plusieurs occasions comme un « minable petit filou ». Après environ un mois, le juge a prévenu l'accusé qu'il pourrait devoir cesser d'assigner d'autres témoins et devrait se préparer à témoigner. Au cours de la présentation de la preuve de la défense, l'accusé a été jugé coupable à six occasions d'outrage au tribunal. Cependant, comme l'accusé n'était pas représenté par avocat, le juge de première instance a décidé de ne pas le faire expulser de la salle d'audience. Finalement, le juge a mis fin à l'assignation d'autres témoins de la défense et dit à l'accusé de témoigner s'il voulait le faire. L'accusé a refusé. Le juge a alors déclaré que la preuve de la défense était

[206] *R. c. Fabrikant*, *supra*, note 102.

> close. L'accusé a été autorisé à présenter au jury un exposé qui a duré plusieurs jours. La Couronne s'est adressée au jury et le juge a ensuite résumé l'affaire.

La Cour d'appel du Québec a confirmé la décision du juge de première instance de mettre un terme à la défense de l'accusé, la qualifiant d'« inévitable » à la lumière de sa conduite. En effet, l'accusé faisait perdre son temps au tribunal en appelant quantité de témoins non pertinents et en ayant présenté une défense non fondée de provocation. La Cour a estimé que, à la lumière de la conduite de l'accusé, ce dernier n'avait pas été privé de son droit de contrôler sa défense, mais qu'il avait plutôt miné son droit en ne l'exerçant pas d'une manière raisonnable[207].

L'arrêt *Fabrikant* illustre bien la nécessité pour les tribunaux de disposer de pouvoirs plus étendus dans des circonstances exceptionnelles. En particulier, les tribunaux devraient être en mesure de nommer un avocat pour représenter l'accusé qui choisit de se représenter lui-même et qui, non seulement se comporte de manière perturbatrice et outrageuse, mais aussi qui met à mal l'équité du procès. Cela pourrait constituer un recours intermédiaire qui pourrait être exercé avant l'expulsion de l'accusé, voire en même temps.

Dans *R. c. Pawliw*, le juge Murray de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décrit la procédure prévue par l'alinéa 577(2)*a*) [antérieur à l'actuel alinéa 650 (2)*a*)] comme étant [TRADUCTION] « draconienne »[208]. Dans *Pawliw*, l'accusé qui se représentait lui-même persistait à poser des questions inappropriées et répétitives; il prenait fréquemment des pauses de quelques minutes entre les questions, présentait constamment des motions frivoles en annulation de l'acte d'accusation, refusait de se conformer aux décisions du juge de première instance et avait insulté verbalement à peu près tout le monde dans la salle d'audience. Le juge de première instance a conclu que l'accusé tentait délibérément de retarder les procédures et d'y faire obstruction. Il a ordonné que l'accusé soit expulsé de la salle d'audience pendant la suite des plaidoiries de la Couronne, et il a contre-interrogé les témoins lui-même en l'absence de l'accusé. Bien que le juge de première instance ait noté que l'article 577 n'avait jamais été contesté en vertu de la *Charte*, il estimait que toute violation de l'article 7 serait justifiée en

---

[207] *Ibid.*, p. 573-574.
[208] *Supra*, note 205, p. 17.

vertu de l'article 1. Il a statué que tout autre résultat provoquerait un [TRADUCTION] « chaos au sein des tribunaux, lesquels auraient été tenus en otage par tout accusé qui met un point d'honneur à perturber l'administration de la justice »[209].

Dans *R. c. Sharp*, l'accusé était bien plus dérangeant, criant et menaçant les spectateurs dans la salle. Il avait aussi renvoyé son avocat et indiqué qu'il ne voulait pas être présent pendant les procédures. Convaincu que l'accusé présentait un danger pour la sécurité des personnes, le juge de première instance a ordonné qu'il soit expulsé de la salle d'audience. Durant la plaidoirie de la Couronne, on lui remettait à la fin de chaque journée d'audience une transcription audio et écrite de la preuve qui avait été présentée; il a fini par mener sa défense au moyen d'une liaison télévisuelle avec la salle d'audience. En confirmant la déclaration sommaire de culpabilité, la Cour a reconnu que Sharp avait subi un préjudice en n'ayant pas eu l'occasion de contre-interroger les témoins de la Couronne; mais elle a décidé que l'accusé, par son comportement, avait lui-même choisi de restreindre son droit de présenter une défense pleine et entière[210].

Nous pensons que ces affaires démontrent que le juge de première instance doit être en mesure de nommer un avocat pour un accusé qui se représente lui-même et qui conduit sa défense d'une manière si agressive, dérangeante et tapageuse qu'il met à mal le bon déroulement de la procédure. Le système de justice pénale est mieux servi en faisant nommer un avocat, en dépit des souhaits d'un accusé indiscipliné. L'expulsion est une mesure grave qui devrait demeurer de dernier recours. Nommer un avocat pour assurer la défense est manifestement une solution plus attrayante et juste et, dans certains cas, elle permet au procès de se dérouler sans heurts. Le libellé restrictif de l'alinéa 650(2)*a*) actuel devrait être modifié pour conférer au tribunal le pouvoir de nommer un avocat pour un accusé qui se représente lui-même, dans des situations où la conduite de l'accusé gêne ou perturbe le bon déroulement du procès ou risque de porter atteinte à l'équité de ce dernier. Il est évident que si l'accusé continue de perturber le procès après la nomination de l'avocat, il doit être expulsé en vertu de l'alinéa 650(2)*a*), même si cette expulsion doit être combinée à une liaison audio/télévisuelle.

Le *Code criminel* contient présentement des dispositions qui prévoient la nomination

---

[209] *Ibid.*, p. 17-19.
[210] 2002 YKSC 68, paragr. 5-7, 13-15 et 19.

d'un avocat, indépendamment de la volonté de l'accusé. L'article 486.3 permet au tribunal de nommer un avocat pour interroger certains témoins vulnérables lorsqu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que l'accusé qui se représente lui-même mène l'interrogatoire. En outre, le paragraphe 672.24(1) autorise le tribunal à nommer un avocat pour représenter l'accusé lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès. Nous pensons qu'il s'agit d'une suite logique à ces pouvoirs que de prévoir la nomination d'un avocat lorsque la conduite de l'accusé qui se représente lui-même empêche ou perturbe le procès, ou quand le juge de première instance estime que la direction de l'affaire par l'accusé porte atteinte à l'équité du procès. Si la nomination de l'avocat est contraire aux souhaits d'un accusé qui se représente lui-même, elle constitue une violation du droit consacré par l'article 7 de la *Charte* de choisir de se faire représenter par avocat ou non, comme l'indique l'arrêt *Swain*[211]. Cependant, nous pensons que ce pouvoir s'inscrit dans les « limites [...] raisonnables » de l'atteinte à un droit comme indiqué à l'article 1, lorsqu'il est utilisé en cas de nécessité pour préserver l'équité du procès.

Recommandation n° 40 :

Les juges de première instance devraient exercer le pouvoir qui leur est dévolu, en vertu de la common law, de nommer à un procès long et complexe un intervenant désintéressé lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat ou qu'il choisit de se représenter lui-même, et lorsqu'une telle nomination vise à assurer l'équité du procès. Dans la mesure du possible, la nomination devrait être effectuée à un stade précoce, pour ne pas retarder le procès. L'intervenant devrait en général être autorisé à jouer un rôle accru, y compris interroger et contre-interroger les témoins, lorsque c'est possible.

Recommandation n° 41 :

Les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient envisager de modifier le *Code criminel*, afin de conférer au juge de première instance le pouvoir de nommer un avocat pour assurer la défense d'un accusé qui se représente lui-même lorsque la conduite de ce dernier empêche ou perturbe le bon déroulement du procès, ou

[211] *Supra*, note 202.

quand le juge est convaincu que la conduite de l'affaire par l'accusé met en danger l'équité du procès.

Chapitre 8 : Conclusion

Dans l'arrêt *R. c. Omar*, le juge Sharpe a délivré le jugement de la Cour sur un appel interlocutoire d'une motion en communication de la preuve de cinq semaines, relativement à l'accès aux dossiers d'un informateur. Il a traité de plusieurs des questions que nous avons abordées durant le présent examen. En particulier, il a statué que le juge de première instance n'aurait pas dû [TRADUCTION] « tolérer des observations longues et répétitives qui ont fini par équivaloir à un dialogue continu [...] au lieu d'être centrées sur les questions essentielles ». Il a aussi déclaré que la Couronne avait à plusieurs reprises omis d'aider le tribunal et que la motion de la défense n'aurait pas dû être autorisée à procéder car [TRADUCTION] « elle n'était pas fondée sur la preuve » et qu'elle « reposait sur un argument juridique qui était voué à l'échec ». Le juge Sharpe de la Cour d'appel a conclu ce qui suit[212] :

> [TRADUCTION]
> Les instances judiciaires ne sont pas conçues en fonction d'une analyse du coût et des bénéfices, mais il doit certainement exister un élément de proportionnalité qui inspire la façon dont on mène les procès. En l'espèce, des ressources considérables ont été dépensées dans cette affaire sans que j'aie pu en voir le bénéfice. Comme toutes les autres institutions publiques, le système judiciaire ne dispose que de ressources limitées, et c'est aussi le cas pour les parties et l'aide juridique. Le but du présent appel, bien entendu, n'est pas d'exprimer un blâme pour la façon dont une situation malheureuse s'est produite et a permis d'engloutir plusieurs semaines du temps des tribunaux pour une question secondaire. Qu'il suffise de dire que tout doit être fait pour que les procès continuent de cibler les questions essentielles. Sinon, nous risquons sérieusement de voir notre système accusatoire s'écrouler sous son propre poids et nous en serons tous appauvris. Il est dans l'intérêt de tous les divers groupes – ceux qui sont accusés de crimes, la police, les procureurs de la Couronne, les avocats de la défense, et les juges tant au procès qu'en appel – de tirer le meilleur parti possible des ressources limitées dont nous disposons.

Nous sommes convaincus que la mise en œuvre de nos recommandations permettrait de réaliser des progrès importants en matière de simplification des procès longs et complexes, et qu'elle répondrait aux préoccupations exprimées dans l'arrêt *Omar*.

---

[212] *R. c. Omar* (2007), 218 C.C.C. (3d) 242, p. 252-253 (C.A. Ont.).

Certaines des recommandations nécessitent l'adoption d'une législation, y compris des amendements au *Code criminel*, mais les amendements législatifs proposés ne sont ni longs ni complexes. La grande partie du travail en matière de politique a déjà été accomplie et nous pensons que la législation nécessaire pourrait être rédigée rapidement et, espérons-le, adoptée dans un délai raisonnable.

Un grand nombre de nos recommandations sont simplement des « pratiques exemplaires » que nous proposons à la magistrature, au ministère public, aux avocats de la défense, à AJO et au Barreau du Haut-Canada. Ces « pratiques exemplaires » pourraient être mises en œuvre sans tarder, même si elles étaient intégrées de manière progressive.

Certaines de nos recommandations auront des conséquences sur le plan des ressources. Cependant, pour peu qu'on envisage nos recommandations comme un tout et qu'on les mette en œuvre comme tel, nous ne doutons pas qu'elles entraînent des économies de coûts pour le système de justice. Parmi nos pratiques et procédures actuelles, nombreuses sont celles qui sont lentes, complexes et inefficaces et qui recèlent de multiples coûts cachés assumés par la police, la Couronne, l'accusé, les tribunaux et AJO. La réforme permettra de réduire ces coûts.

Nous sommes convaincus que nos recommandations donneront lieu à des efficiences et à des économies de coûts d'ensemble et, surtout, qu'elles amélioreront la qualité de la justice. Une justice lente, inefficace et dispendieuse aliène le public à son égard et renforce le cynisme et le non-respect de la règle de droit. En revenant à la rapidité et à l'efficacité d'une ère passée, nous rehausserons la confiance et le respect vis-à-vis de l'administration de la justice.

Comme nous l'avons mentionné au début de ce Rapport, nous pensons que nos recommandations font l'objet d'un large appui. Un groupe a pu ne pas être entièrement d'accord avec la formulation précise d'une recommandation ou d'une autre. Mais une fois que tout le monde a pu prendre du recul et envisager l'orientation générale de l'ensemble des réformes proposées, nous avons constaté un net consensus appuyant la mise en œuvre de ces recommandations. Ce fort consensus justifie avec raison de traiter ces recommandations comme un tout.

Nous concluons ce Rapport en réitérant nos remerciements à tous les participants à l'examen. De nombreux agents de police, procureurs de la Couronne, avocats de la défense, juges, représentants d'AJO et du Barreau du Haut-Canada ont consacré beaucoup de temps et d'efforts à nous aider. Toutes ces personnes sont d'une grande intégrité et elles nous ont signalé sans relâche leurs préoccupations au sujet des retards et des inefficiences qui sont présentement l'apanage des procès longs et complexes. Elles ont démontré un réel dévouement à trouver des solutions et nous espérons avoir su répondre à leurs attentes.

Nous transmettons à tous les participants au système de justice tous nos vœux de succès alors que nous nous dirigeons vers une ère qui, comme nous l'espérons et le croyons, sera caractérisée par un système de justice plus efficace et efficient. Nous sommes tous attachés à ce système de justice et souhaitons ni plus ni moins qu'il devienne le meilleur de tous.

ANNEXE A

Participants à l'examen

Addario, Frank
Akhtar, Suhail
Andreopoulos, Tom
Anthony, Kenneth
Armstrong, Maureen
Bacchus, Sandra
Baltin, Robert
Bass, Sous-commissaire Gary
Beardall, Don
Beasley, Geoff A.
Bair, Vikki
Bell, Surintendant Donald
Benton, c.r., Mark
Bigelow, L'honorable Robert, Juge principal régional
Blair, Chef William
Bloomenfeld, L'honorable Miriam
Bocock, Randall
Boni, Adam Steven
Bonkalo, L'honorable Annemarie E., Juge en chef
Boulet, David
Boxall, Norman
Braley, Fred
Breen, Timothy
Briscoe, Jennifer
Britton, Kevin
Bryson, Thomas
Brown, L'honorable Michael, Juge principal régional
Burstein, Paul
Bytensky, Boris
Calarco, Paul
Cameron, Graeme
Campbell, Kennet
Capogreco, Sylvana
Cardwell, Inspecteur David
Carnelos, Lisa M.
Chaffe, James
Childs, Scott
Clancy, John
Clare, Monsieur le juge de paix James
Closs, Chef William J.
Cole, L'honorable David

Conacher, Monsieur le juge de paix Mark H.
Copeland, Paul
Corkery, L'honorable J. Christopher
Corrick, Katherine
Cowper, c.r., Geoffrey
Cressman, Sheila
Crossin, c.r., David
Crowley, Sergent d'état-major Tom
Cunningham, L'honorable J. Douglas, Juge en chef adjoint
Dambrot, L'honorable Michael R.
Davies, Michael
Dawson, L'honorable Fletcher
DeFreitas, Peter
DelGobbo, Michael
Desaulniers, Anouk
Di Luca, Joseph
Dobney, L'honorable S. Gail
Durno, L'honorable S. Bruce, Juge principal régional
English, Inspecteur Norm
Enright, Philip
Ertel, Mark
Fairburn, Michal
Ferguson, L'honorable Donald S.
Finley, David
Fisher, David
Fitch, Greg
Fleming, Craig William
Fleming, Surintendant Mark
Forsyth, L'honorable Federick L.
Friedland, Professeur émérite Martin
Fruchtman, Earl
Fuerst, L'honorable Michelle
Garson, Marc Alan
Gattrell, Robert
Gauthier, Surintendant d'état-major Richard
Gee, Robert S.
Getty, Inspecteur Greg
Gillezeau, Maurice
Glithero, L'honorable C. Stephen, Juge principal régional
Goudge, L'honorable Stephen T.
Goulin, Greg
Green, L'honorable Melvyn
Greene, Mara
Greenspan, Brian
Griffiths, L'honorable Peter D., Juge en chef adjoint

Hall, Ken
Hawke, L'honorable Kathryn L., Juge principale régionale
Hawkes, Sous-commissaire Vincent J.
Heins, Malcolm
Henderson, Jim
Henein, Marie
Herman, Chef Robert P.
Hewitt, Thomas
Hill, L'honorable Casey
Holowka, Brian
Hope, Jay
Humphrey, David M.
Huneault, Marc A.
Hunt, Diana
Hunt, c.r., Douglas
Izzett, Surintendant Steve
Johnson, William
Jokinen, Karen
Kenney, Inspecteur Scott
Kingston, Sandra
Knecht, Sous-commissaire Rod
Kyle, Susan
Labine, Gilbert
Leach, Sous-procureur général adjoint Mark
LeRoy, Tom
Levy, c.r., Earl J.
Lindsay, Paul S.
Lipson, L'honorable Timothy R.
Lockyer, James
MacDonald, Monsieur le juge de paix Dan M.
MacKay, Allison R.
MacKinnon, L'honorable Colin
MacKinnon, Margo
Mandelcorn, Michael
Marin, L'honorable Sally E.
McCamus, Professeur John
McCann, Pat
McCombs, L'honorable J. David
McConnery, Lorne
McCormack, Hillary C.
McDonald, Chef adjoint Daniel
McGoey, Christine
McKenzie, Gavin
McKimm, c.r., Mayland
McKillop, David
McLeod, c.r., Rod

McMahon, L'honorable John B.
Michaelson, Croft
Millar, Derry
Miller, L'honorable Gisele M.
Miller, Mark
Minden, L'honorable Edwin B.
Mitchell, Daniel
Moldaver, L'honorable Michael
Morton, James
Moustacalis, Anthony
Mulchahy, Joanne
Mullan, Chef Brian
Napier, Chef adjoint Robert V.
Neander, John
Newman, Deborah
O'Brien, Larry B.
O'Connor, L'honorable Dennis R., Juge en chef adjoint
O'Driscoll, Greg
Onen, Zeynep
Paquettte, Dean
Payne, L'honorable John A., Juge en chef adjoint
Pearson, John
Peck, c.r., Richard
Phillips, David
Pistyner, Morris
Poon, Henry
Power, Timothy
Prime, R.J. (Ph.D.)
Regis, L'honorable Gregory, Juge principal régional
Renwick, Paul
Roach, Professeur Kent
Robin, Juliet
Rosen, John M.
Rosenberg, L'honorable Marc
Rothstein, Linda
Sandberg, Glenn
Sandler, Mark
Saltmarsh, Mark
Schreck, P. Andras
Scott, Ian
Scott, c.r., John D.
Segal, Sous-procureur général Murray
Smith, Chef Gary
Smith, L'honorable Heather Forster, Juge en chef
Sotirakos, John
Speyer, L'honorable Christopher

Speyer, Maria
Spriggs, Agent détective Brett
Sproat, L'honorable John R.
Stewart, James
Stone, L'honorable David M.
Strezos, Louis
Stribopoulos, Professeur James
Struthers, John
Taddeo, Inspecteur-détective D.
Tanaka, Edward
Taylor, L'honorable Paul M.
Tetley, L'honorable Peter
Then, L'honorable Edward F., Juge principal régional
Thomas, Nye
Thomas, L'honorable Ronald G.
Trebilcock, Professeur Michael
Trudell, William
Van Son, Sharon
Vessa, Paul
Waby, Michael
Wadden, Robert
Wakefield, Graham
Ward, Bob
Warr, Chef adjoint A.J. Tony
Watson, Cameron
Watt, L'honorable J. David
Wein, L'honorable Bonnie J.
Wiley, c.r., Jerome
Wilkie, L'honorable Peter H.
Wisener, Sheldon

ANNEXE B

Recommandations

1. Dans les affaires complexes et de grande envergure, en Ontario, la police et la Couronne devraient collaborer beaucoup plus étroitement à l'étape antérieure au dépôt d'accusations qu'elles ne l'ont traditionnellement fait. La collaboration ne signifie pas une approbation des mises en accusation, ni que la Couronne se charge des fonctions d'enquête de la police. Elle désigne plutôt une consultation juridique sur les procédures d'enquête et sur toute question de fond, une aide en vue de la préparation de la divulgation, et finalement, un conseil sur ce que devraient être la portée et l'enjeu d'une poursuite réussie.

2. La décision de poursuivre ne doit pas être prise par les procureurs de la Couronne qui ont collaboré étroitement et de façon importante avec la police aux étapes de l'enquête. Cette importante décision doit revenir à un nouveau procureur indépendant. Une telle approche n'empêche pas le procureur de la Couronne ayant donné un avis préalable à l'accusation de jouer d'autres rôles après le dépôt d'une accusation, comme ceux de mener l'enquête sur le cautionnement, de procéder à la divulgation de la preuve ou de fournir constamment conseils et assistance dans toute poursuite.

3. Il faudrait émettre, sous le régime de la *Loi sur les services policiers*, une directive selon laquelle le modèle de divulgation par voie électronique de la « gestion des causes importantes », doté du logiciel de recherche Adobe 8, constituerait la norme pour le dossier de la Couronne dans les causes longues et complexes.

4. La vérification et la révision du dossier de divulgation de la preuve relèvent d'une responsabilité conjointe de la police et de la Couronne. La police devrait procéder à une révision initiale du dossier, en ombrant ou en surlignant sur écran les révisions proposées, et la Couronne devrait ensuite examiner le dossier et prendre les décisions définitives. La police fournira ensuite à la Couronne un dossier original non révisé et un dossier de divulgation comportant les révisions. Il faudrait codifier chaque révision dans les marges pour en expliquer les fondements de la défense. Autant que possible, il faudrait que cette méthode de révision réalisée en collaboration ait lieu à l'étape antérieure au dépôt d'accusations de l'affaire.

5. La police et la Couronne ont la responsabilité conjointe de transcrire les enregistrements importants et susceptibles de servir au procès, des communications privées interceptées et des entrevues de témoins. La Couronne devrait conseiller la police quant au choix des enregistrements d'interceptions et d'entrevues de témoins qui devraient faire l'objet d'une transcription, et la police devrait confier cette tâche à des employés civils. Par la suite, la police versera les transcriptions au dossier de divulgation de la preuve. Autant que possible, il faudrait que cette méthode de transcription réalisée en collaboration ait lieu à l'étape antérieure au dépôt d'accusations.

6. La police devrait défrayer les coûts des copies du dossier, tant révisées que non révisées, qui doivent être remises à la Couronne aux fins de la poursuite. La Couronne devrait payer pour les copies du dossier remises à tous les coaccusés aux fins de la divulgation.

7. Il faudrait établir des objectifs uniformes d'ordre administratif pour une communication initiale de la preuve dans les délais appropriés, au moyen d'une directive prévue sous le régime de la *Loi sur les services policiers*, et intégrer ces objectifs au Manuel des politiques de la Couronne.

8. Les motions de la défense pour obtenir la divulgation d'éléments extérieurs au dossier d'enquête devraient être assujetties aux règles suivantes :

- Elles doivent être clairement définies de façon à bien circonscrire les dossiers ou éléments en question et à expliquer en quoi les dossiers ou éléments peuvent aider la défense, comme l'exige le fardeau imposé à la défense dans *Chaplin*.
- La Couronne et la défense doivent faire un réel effort pour discuter de la demande et tenter de la résoudre conformément à leurs obligations comme « officiers de justice » et « ministres de la justice ».
- À défaut de résolution, la défense doit présenter rapidement une motion au tribunal devant le juge saisi des motions préliminaires.
- Ce juge doit fixer des échéanciers stricts pour, soit résoudre tous les litiges relatifs à la divulgation, soit obtenir des décisions à une étape préliminaire de l'affaire et bien avant le procès. Le choix d'une date pour le procès ou pour l'enquête préliminaire ne devrait être retardé que si les répercussions de la divulgation non résolue ont une importance pour les choix de l'accusé.
- Le juge doit décider si la défense s'est déchargée de son fardeau *Chaplin* à l'égard des dossiers ou éléments demandés, et il doit statuer sur toutes les allégations de privilège dont la Couronne a fait état et que la défense a contestées.
- Il n'est généralement pas nécessaire ni opportun d'accaparer le temps du tribunal pour procéder à un examen détaillé de chaque dossier ou document demandé.
- Il convient généralement mieux au tribunal, après avoir discerné les dossiers pouvant s'avérer pertinents et non privilégiés, d'ordonner que l'avocat obtienne la divulgation par la possibilité d'examiner et ne réclame que les copies des documents dont, après examen, on a constaté l'utilité pour la défense.
- Si les documents devant être examinés soulèvent des problèmes de confidentialité, le tribunal devrait ordonner à l'avocat de procéder à l'examen, mais seulement sur la foi d'un engagement par l'avocat de ne divulguer le contenu d'aucun des documents. C'est seulement lorsqu'il obtiendra le consentement de la Couronne de lui fournir une copie du document, ou lorsqu'il obtiendra une autre ordonnance du tribunal, que l'avocat sera relevé de son engagement à l'égard de tout document en particulier. Le bris d'un tel engagement par l'avocat devrait être considéré comme une faute professionnelle très grave.
- Après l'examen, tout désaccord persistant sur la divulgation de documents particuliers ou de parties de documents peut être renvoyé au tribunal pour décision.

9. Des juges administratifs devraient désigner le « juge de première instance » dès les premières étapes préliminaires d'une cause longue et complexe, dans tous les cas où cela est souhaitable et faisable pour une cause particulière dans une juridiction donnée. Ce juge sera saisi de tous les aspects de la cause, du début à la fin, y compris les motions préliminaires et le procès lui-même. Il sera nécessaire de préserver le rôle du juge, dans une certaine mesure, contre toute nomination dans une autre affaire majeure afin qu'il ou elle demeure disponible pour commencer le procès et siéger de façon continue, une fois la cause prête à être instruite. L'établissement du rôle d'audience et la continuité du procès ne doivent pas être perturbés par une affectation ailleurs du juge, pour y accomplir des tâches dans d'autres dossiers. Cette recommandation ne nécessite aucune modification au *Code criminel*.

10. Dans les cas où il n'est pas possible ou souhaitable de procéder à une nomination anticipée du « juge de première instance », pour une cause longue et complexe en particulier dans une juridiction donnée, il faut conférer à un « juge chargé de la gestion de l'instance aux étapes préliminaires » le pouvoir de statuer sur les questions préliminaires. Cette recommandation nécessite une modification au *Code criminel*. Plus particulièrement, il faut modifier l'article 645 de façon à prévoir que le juge, autre que celui qui entendra plus tard la preuve au procès, ait le pouvoir de statuer sur les motions préliminaires. La modification à l'article 645 doit énoncer clairement que le « procès » commence dès qu'un juge du tribunal de première instance commence à entendre et à trancher les motions préliminaires, et que le « procès » est un processus continu, même si le juge change. De cette façon, le droit d'appel contre le « tribunal de première instance » que l'on trouve aux articles 675 et 676 s'étendra à toutes les décisions rendues par le juge présidant la conférence préparatoire et le juge de première instance. Dans tous les cas où un appel est prévu à la fin du « procès », les réparations extraordinaires seront également interdites par la jurisprudence actuelle qui limite la possibilité d'avoir recours à ces brefs.

11. Il faudrait laisser au pouvoir discrétionnaire du tribunal le choix du type de motions pour lesquelles il serait avantageux de prendre des décisions anticipées, bien avant le procès. Que l'affaire soit entendue selon le modèle du juge unique (Recommandation n° 9) ou celui des juges multiples (Recommandation n° 10), il n'est pas nécessaire d'établir une liste close des motions pouvant être tranchées aux étapes préliminaires, ou de les limiter. Le *Code criminel* ne devrait pas tenter d'établir une telle liste. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal devrait, à cet égard, être guidé par des considérations telles que la question de savoir si une décision anticipée sur la motion permettrait aux parties de se préparer adéquatement pour le procès, empêcherait l'ajournement du procès, favoriserait un règlement avant le procès ou en éliminerait complètement la nécessité. Parmi les types de motions qui semblent les plus susceptibles de tirer avantage de décisions anticipées, mentionnons : les motions en divulgation; les motions visant des dossiers de tiers; les motions fondées sur l'alinéa 11*b*) de la *Charte* pour cause de délai déraisonnable; les motions concernant l'admissibilité de preuves par écoute électronique; les motions pour renvoi devant une autre juridiction; dans certains cas, les motions pour confessions, les motions pour perquisitions et saisies, les motions à l'égard de faits similaires et autres décisions relatives à la preuve; et finalement, les motions

en séparation. La séparation est placée à la fin de cette liste, parce que la plupart des motions préliminaires seront communes à tous les coaccusés et devraient être tranchées par un seul juge lors d'une seule audience, avant toute demande de séparation. Lors des premières étapes préliminaires, il ne conviendra pas toujours de trancher les motions relatives à la preuve, parce que dans certains cas le contenu de la preuve évolue au cours du procès et peut rendre nécessaire la révision d'une décision rendue à l'étape préparatoire. Malgré tout, il peut quand même y avoir des avantages à prendre une décision à l'une des premières étapes préliminaires, par exemple, sur une confession, une perquisition ou saisie ou arrestation, une motion à l'égard de faits similaires, sous réserve comme toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de revoir la décision s'il survient un changement notable. Le juge de la conférence préparatoire devrait énoncer clairement les fondements factuels de toute décision. En l'absence d'un changement notable, par exemple, dans le cas où différents éléments de preuve surgissent au procès, les décisions du juge de la conférence préparatoire lient le juge de première instance et celui-ci doit les respecter. Il faudrait aussi modifier le *Code criminel* de façon à énoncer clairement que toutes les décisions rendues lors d'un premier procès qui prend fin par une séparation ou une annulation de procès demeurent exécutoires lors d'un procès subséquent, sauf en cas de changement notable.

12. Les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de la Justice devraient adopter la proposition du Groupe de travail FPT sur la procédure criminelle relative aux « mégaprocès », pour édicter des lois créant de véritables pouvoirs de gestion des instances aux étapes préparatoires, mais devraient seulement modifier l'article 645 pour atteindre cet objectif. L'article 40 de la *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (Royaume-Uni) constitue un bon modèle.

13. Il faudrait considérer les connaissances spécialisées comme une nécessité dans les causes criminelles longues et complexes. Plus particulièrement, il faudrait que les juges affectés à ces causes soient compétents et bien renseignés sur l'exercice de leurs divers pouvoirs de gestion de l'instance en common law et sur l'application de ces pouvoirs aux motions préliminaires. Ces pouvoirs sont des outils efficaces qui incitent les avocats à être bien préparés, concentrés et efficients, et la magistrature devrait les utiliser au besoin. Ces pouvoirs sont décrits dans le texte qui précède, mais il ne s'agit pas d'une liste close. Ces pouvoirs découlent tous de la compétence étendue du juge de première instance permettant à celui-ci de s'assurer que le procès est mené de façon équitable, efficiente et efficace. Avec le temps, cette compétence sera exercée de nouvelle manière, dans la tradition de la common law, en fonction de l'évolution et de nouvelles circonstances. L'élaboration d'objectifs raisonnables et non contraignants que doivent viser les avocats pour procéder à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire de témoins, fait partie des exercices de cette compétence étendue. À cet égard, l'Institut national de la magistrature devrait poursuivre ses programmes de formation des juges, et les améliorer.

14. Dans les causes longues et complexes à la Cour de l'Ontario, nous recommandons la pratique de « conférences préparatoires » avant de fixer la date de l'enquête préliminaire, pour permettre d'aborder le règlement du dossier, et de cerner et réduire les questions en litige.

Nous recommandons particulièrement une utilisation nouvelle et créative des pouvoirs traditionnels de l'article 625.1, comme intimer la Couronne de présenter sa thèse sous forme de résumé pour mieux informer l'avocat et l'accusé sur la façon dont elle établira sa preuve et sur la solidité du dossier, en supposant qu'il s'agisse d'un dossier bien étoffé. De façon similaire, nous recommandons la pratique de la « conférence préparatoire à la sortie » à la conclusion de l'enquête préliminaire, avec avis à la Cour supérieure de l'arrivée imminente d'une cause longue et complexe.

15. Il faut mettre en vigueur l'« audience de préparation à l'enquête » prévue à l'article 536.4 pour qu'à la fin de l'audience on rende des ordonnances exécutoires, plutôt que de simples conseils et tentatives de persuasion qui constituent une répétition de la « conférence » décrite à l'article 625.1. Cette amélioration pourra être réalisée selon une des deux façons suivantes :

(i) Il faudrait élaborer des règles de cour conformément à l'article 482.1, de sorte que toute « instruction donnée au titre d'une règle établie » quant aux « personnes qui seront appelées à témoigner à l'enquête » ait la même force exécutoire qu'une ordonnance du tribunal. Il serait bien entendu possible de réexaminer l'ordonnance si les faits essentiels changeaient.

(ii) Les règles établies en vertu du paragraphe 540(7) devraient être prises conjointement avec l'« audience de préparation à l'enquête », de sorte que tous les témoignages de témoins autres que les « personnes qui seront appelées à témoigner à l'enquête » soient admis par ouï-dire, pourvu qu'ils soient « plausibles ou dignes de foi ».

Nous croyons que la première de ces deux solutions est la plus directe et la plus simple sur le plan procédural.

16. Une fois que l'« audience de préparation à l'enquête » a permis de déterminer le nombre de témoins devant être convoqués à l'enquête préliminaire, il faudrait fixer selon l'une des deux façons exposées ci-dessus des objectifs raisonnables pour faire déposer chaque témoin et permettre ainsi au tribunal d'évaluer avec une précision raisonnable le temps nécessaire pour terminer l'enquête préliminaire pendant une seule séance continue et sans ajournement.

17. La police ou la Couronne doit prévenir le juge administratif de la Cour de l'Ontario de l'arrivée imminente dans son administration de toute enquête sur le cautionnement vaste et complexe. Le juge administratif doit alors faire des démarches pour prévoir des locaux, du personnel et du temps des tribunaux qui soient suffisants et disponibles pour la tenue raisonnablement diligente d'une enquête sur cautionnement dans la ou les causes, également désigner un juge au besoin, et dans les cas nécessaires, s'entretenir avec la Cour supérieure au sujet des salles d'audience libres. Il faudrait effectuer ces démarches sans perturber le fonctionnement normal du tribunal de cautionnement ni lui imposer des exigences déraisonnables.

18. L'avocat de la Couronne et celui de la défense ont tous deux l'obligation déontologique de faire une admission raisonnable des faits qui ne sont pas légitimement contestés. Le tribunal devrait encourager les tentatives de formuler des aveux raisonnables et en faire la médiation. Lorsque la défense reconnaît entièrement des faits allégués par la Couronne, le tribunal a le pouvoir d'exiger que la Couronne accepte l'aveu convenablement formulé et d'exclure la preuve sur cette question.

19. Les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient donner instruction à leurs représentants d'envisager un élargissement de l'article 657.1 du *Code criminel,* de façon à y inclure d'autres questions factuelles courantes pouvant être suffisamment démontrées par affidavit, sous réserve du droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit lorsqu'il subsiste une certaine question à trancher.

20. Les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient prévoir des modifications à la procédure de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* afin d'éliminer, dans les poursuites importantes en matière de terrorisme, les retards causés en raison des déviations prises par l'affaire et des appels interlocutoires.

21. Aide juridique Ontario et le ministère du Procureur général devraient établir un nouveau tarif qui prévoirait des « honoraires bonifiés » et des « honoraires exceptionnels » à mesure de l'augmentation de la durée et de la complexité de la cause prévues au départ. Les critères d'admissibilité devraient être progressivement restreints à chacun de ces niveaux plus élevés, de sorte que seul l'avocat le plus compétent soit admissible. Un comité de représentants d'AJO, d'avocats d'expérience et de juges à la retraite devrait dresser les listes des avocats admissibles, après avoir fait preuve de toute la diligence requise. Les facteurs d'admissibilité devraient inclure l'expérience et des critères qualitatifs comme ceux qui sont énoncés dans la Recommandation n° 25.

22. Dans les affaires criminelles longues et complexes, AJO doit appliquer le Règlement de l'Ontario 107/99 en établissant un budget qui permette de repérer les questions en litige qu'un client « raisonnable » aux « moyens modestes » autoriserait de financer en vertu d'un mandat privé, et en acceptant de verser des honoraires en fonction d'une défense fondée sur ces questions. L'avocat doit ventiler ses honoraires de manière à ce qu'AJO ne rémunère que le travail qui est ainsi autorisé. Le budget peut être amendé au fur et à mesure que des questions importantes sont soulevées. Les questions mineures qui ne requièrent que peu de temps en cour n'ont pas à être autorisées au préalable. Le critère établi par la loi est pratique et souple et devrait être utilisé pour éliminer du budget tout travail d'importance qui n'aurait pas de chance raisonnable de succès ou qui, même s'il était couronné de succès, ne ferait pas avancer de manière significative la défense du client. L'avocat est évidemment libre de soulever d'autres questions, si le client le lui demande et si l'avocat accepte, mais le travail qui en résultera ne doit pas être rémunéré à partir des deniers publics.

23. AJO doit se faire conseiller par une entité semblable au présent Comité des exceptions au moment où elle établit le budget d'une cause longue et complexe. Ce comité doit disposer des ressources appropriées et du temps suffisant pour étudier la cause au préalable, rencontrer l'avocat, lui poser les questions pertinentes au sujet de la stratégie de défense qu'il se propose de suivre, délibérer et ensuite conseiller AJO sur les questions et les motions qui sont suffisamment fondées et utiles pour mériter un financement par les deniers publics. Les membres de ce comité devraient être rémunérés pour le temps qu'ils consacrent à l'exercice de ces fonctions importantes prévues par la loi.

24. Un représentant expérimenté d'AJO devrait participer aux conférences préparatoires aux procès d'importance dans des causes majeures, lorsque c'est possible, afin d'observer la stratégie de défense qui est suivie et de réunir des renseignements sur celle-ci, en plus de répondre aux questions du juge présidant la conférence préparatoire au procès.

25. AJO doit élaborer des normes complètes d'assurance de la qualité pour être en mesure de remplir l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 92(1) de la *Loi sur les services d'aide juridique*. Dans le contexte de procès longs et complexes, ces normes devraient mettre l'accent sur l'importance des devoirs de l'avocat en tant qu'officier de justice, y compris l'indépendance de l'avocat vis-à-vis de son client ainsi que le devoir de loyauté de l'avocat envers son client. En particulier, l'importance de faire des admissions responsables lorsque les questions ne peuvent pas être raisonnablement contestées, de refuser de présenter des motions qui n'ont pas de réelles chances de succès ou qui ne font pas progresser la défense du client de manière significative, de contre-interroger et d'interroger des témoins de manière succincte et efficace et de se concentrer en général sur les questions importantes de l'affaire, devraient tous être soulignés comme les marques de services juridiques de haute qualité.

26. Les articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 devraient être amendés pour offrir une gamme de recours au président lorsqu'il a un « motif raisonnable » de croire qu'un avocat ne satisfait pas aux normes de professionnalisme ou aux normes « d'assurance de la qualité ». Les recours devraient inclure l'imposition de conditions à l'inscription d'un avocat sur la liste, la suspension temporaire ou permanente de l'inscription d'un avocat sur la liste. En outre, l'exigence d'une audience orale complète devant le président devrait être remplacée par un régime qui prévoie un avis, une divulgation, des répliques écrites et la motivation des décisions prises par le président. La *Referral Eligibility Policy* de la B.C. Legal Services Society est un modèle utile pour procéder à la modification des articles 31 et 32.

27. AJO doit élaborer un programme d'enquêtes et d'examens individuels après procès ainsi qu'un programme de vérification complète, conformément à son devoir d'assurance de la qualité qui découle du paragraphe 92(1). Ces enquêtes pourraient être déclenchées en conséquence des plaintes, des décisions ou des déclarations du juge de première instance, des jugements de la Cour d'appel, des renseignements fournis par un autre avocat ou par les membres du Comité des exceptions ou à la suite d'une information divulguée par les médias

ou provenant du Barreau du Haut-Canada. Advenant le cas où ces enquêtes préliminaires soulèveraient des inquiétudes au sujet de la conduite de la cause par un avocat, un examen complet de la cause par un expert neutre devrait alors être ordonné. Si l'examen révèle l'existence de graves problèmes systémiques, une vérification de plus grande envergure de la pratique de l'avocat peut être justifiée. Le devoir d'AJO de procéder à ces enquêtes et de diriger ces examens est indépendant et distinct de la compétence que possède le Barreau du Haut-Canada en matière de discipline et de qualification des avocats. Selon les résultats de l'examen, AJO devrait prendre des mesures conformément aux articles 31 et 32 du Règlement de l'Ontario 106/99 concernant l'inscription d'un avocat en particulier sur la liste des avocats de service.

28. AJO devrait augmenter le taux de rémunération des avocats adjoints qui comparaissent au procès avec les avocats d'expérience dans les causes longues et complexes.

29. La conduite des poursuites longues et complexes en matière criminelle doit être attribuée, dans la grande mesure du possible, aux procureurs les plus compétents et les plus respectés. Les compétences de l'avocat de la Couronne en matière de communication ainsi que sa compréhension et son acceptation du rôle de l'avocat de la défense sont aussi des facteurs importants à considérer au moment de l'attribution de ce type d'affaires.

30. Le procureur de la Couronne en charge du bureau régional ou le directeur de certains bureaux spécialisés doit superviser et surveiller les causes majeures dont s'occupe son bureau. Le degré de supervision et de surveillance variera, selon les compétences et l'expérience du procureur responsable du dossier. Il incombe au procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire de tenter de prévenir toute prolongation indue des procédures ainsi que toute erreur importante, d'où la nécessité d'une surveillance et d'une supervision appropriées.

31. La poursuite des causes longues et complexes en matière criminelle devrait faire l'objet d'un examen obligatoire par les pairs qui serait réalisé par un groupe de procureurs expérimentés et respectés. L'examen devrait porter uniquement sur les questions importantes ou litigieuses soulevées par la cause et qui seraient susceptibles de prolonger indûment les procédures ou de susciter des erreurs importantes. L'examen devrait avoir lieu dans la région où la poursuite est intentée. Le comité d'examen devrait recevoir tous les renseignements pertinents de n'importe quel intervenant du système de justice et il devrait ensuite prodiguer des conseils au procureur de la Couronne qui a un rôle de gestionnaire et à l'avocat de la Couronne poursuivant. Les conseils devraient être suivis, sous réserve d'être infirmés ou modifiés par le sous-procureur général adjoint (droit pénal).

32. AJO devrait faire appel à une entité telle que le Comité des exceptions afin d'offrir un système d'examen préalable par les pairs portant sur la conduite de la défense dans les causes longues et complexes. Ce système devrait refléter l'examen par les pairs pour les procureurs de la Couronne, décrit dans la Recommandation n° 31.

33. Le Barreau du Haut-Canada, en collaboration avec la CLA, devrait élaborer un programme de mentorat remanié qui remplacerait le programme offert à l'heure actuelle par le Barreau du Haut-Canada. La CLA devrait être l'entité visible de prestation de services de mentorat par des avocats éminents, alors que le Barreau du Haut-Canada fournirait le soutien administratif et les ressources nécessaires au fonctionnement du programme. Proactif, le programme devrait être communiqué aux membres du barreau, aux membres de la magistrature et aux procureurs de la Couronne afin de solliciter les avocats de la défense qui participent à une cause longue et complexe et qui ont besoin d'être conseillés et orientés.

34. La magistrature devrait imposer le respect des normes élevées de professionnalisme à tous les avocats agissant dans les procès longs et complexes. Des mesures éducatives pourraient tout d'abord être prises afin de rappeler aux avocats les règles de base du comportement en salle d'audience et leurs devoirs en tant qu'officiers de justice. Au premier signe d'inconduite, le juge devrait intervenir et rappeler son rôle à l'avocat. Lorsque les avertissements répétés et les ordonnances s'avèrent vains, le juge devrait aviser l'avocat qu'il va recommander au juge en chef (ou au juge en chef adjoint ou au juge principal régional) un renvoi devant le Barreau du Haut-Canada. Le juge devrait consigner au dossier de la cour des conclusions de fait sur la conduite de l'avocat et l'impact de celle-ci sur les procédures. Un renvoi au Barreau du Haut-Canada, en admettant que le juge en chef ou un autre juge principal l'approuve, peut être répété durant un long procès si l'inconduite se reproduit. Les sanctions judiciaires ultimes, notamment des ordonnances à verser des dépens et des ordonnances pour outrage au tribunal ne devraient être réservées que pour les formes extrêmes d'inconduite par un avocat, et elles ne devraient en général être exercées qu'à la fin du procès et après en avoir avisé l'avocat.

35. Le Barreau du Haut-Canada devrait réexaminer son approche actuelle quant au traitement de l'inconduite en salle d'audience, une optique selon laquelle cette inconduite porte sur les [TRADUCTION] « questions de discipline professionnelle les moins graves » et qu'elle ne devrait être sanctionnée que par des « moyens de redressement » comme des lettres d'avis, des invitations à comparaître ou des réunions de réglementation. Lorsque l'inconduite d'un avocat dérange ou fausse les procédures au criminel, en particulier dans le cas de procès longs et complexes, cela cause un très grand tort à l'administration de la justice et des sanctions sévères s'imposent. Nous recommandons l'approche adoptée en Colombie-Britannique dans l'affaire *Goldberg c. Law Society*.

36. AJO et le ministère du Procureur général devraient prendre des mesures disciplinaires, dans leurs propres sphères de compétence, lorsqu'un avocat fait preuve d'inconduite dans le cadre d'un procès long et complexe. Ils doivent aussi prendre des mesures proactives afin de prévenir les cas d'inconduite en insistant sur les normes de professionnalisme élevées au moment de déterminer l'admissibilité aux listes (pour AJO) et au moment d'embaucher, de promouvoir et d'assigner une affaire à un avocat de la Couronne (dans le cadre de la Division du droit criminel).

37. L'OCAA et la CLA devraient développer des programmes conjoints d'éducation afin de réinstaurer les traditions de collégialité et de respect entre les avocats de la Couronne et les avocats de la défense.

38. Les tribunaux de première instance ont compétence pour empêcher un avocat incompétent d'occuper pour leur client, afin de protéger l'équité d'un procès long et complexe. Cette compétence devrait être exercée avec prudence et retenue, en prenant tout d'abord des mesures moins contraignantes visant à guider l'avocat et à lui suggérer d'obtenir de l'aide, et elle ne devrait être exercée qu'en cas de preuve d'incompétence évidente.

39. Le procureur général devrait détenir la compétence d'ordonner un bilan ou une vérification d'un procès long et complexe, par un expert neutre, lorsqu'il estime raisonnablement que l'affaire a été instruite d'une manière inefficace ou inefficiente. La *Crown Prosecution Inspectorate Act 2000* (Royaume-Uni) constituerait à cet égard un modèle utile, sous réserve de quelques modifications.

40. Les juges de première instance devraient exercer le pouvoir qui leur est dévolu, en vertu de la common law, de nommer à un procès long et complexe un intervenant désintéressé lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat ou qu'il choisit de se représenter lui-même, et lorsqu'une telle nomination vise à assurer l'équité du procès. Dans la mesure du possible, la nomination devrait être effectuée à un stade précoce, pour ne pas retarder le procès. L'intervenant devrait en général être autorisé à jouer un rôle accru, y compris interroger et contre-interroger les témoins, lorsque c'est possible.

41. Les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux devraient envisager de modifier le *Code criminel*, afin de conférer au juge de première instance le pouvoir de nommer un avocat pour assurer la défense d'un accusé qui se représente lui-même lorsque la conduite de ce dernier empêche ou perturbe le bon déroulement du procès, ou quand le juge est convaincu que la conduite de l'affaire par l'accusé met en danger l'équité du procès.

ISBN 978-1-4249-8042-0 (Imprimé - Anglais)
ISBN 978-1-4249-8043-7 (HTML – Anglais)
ISBN 978-1-4249-8044-4 (PDF – Anglais)
ISBN 978-1-4249-8045-1 (Imprimé – Français)
ISBN 978-1-4249-8046-8 (HTML – Français)
ISBN 978-1-4249-8047-5 (PDF – Français)